Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. **F. Bernhöft**, Professor in Rostock, Dr. **R. Cosack**, Professor in Gießen, Dr. **E. Eck**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **O. F. Gierke**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **R. Koch**, Präsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. **J. Krech**, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. **F. E. von Liszt**, Professor in Halle, **E. Meischeider**, Reichsgerichtsrath, Dr. **J. Petersen**, Reichsgerichtsrath, Dr. **R. Schröder**, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. **L. Seuffert**, Professor in Würzburg, **F. Vierhaus**, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. **E. Zitelmann**, Professor in Bonn,

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Breslau

Neuntes und zehntes Heft:

E. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte. II. Theil.

Berlin.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1890.

Digitized by Google

Die Rechtsgeschäfte

im Entwurf

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Studien, Kritiken, Vorschläge

von

Dr. Ernst Zitelmann,
Professor der Rechte in Bonn.

Zweiter Theil.

Berlin.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1890.

Digitized by Google

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Theils.

Seite

Vorwort 1

Fünfter Titel. Willensmängel.

§§ 95—99. „Nichtübereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen" 4

I. Die Thatbestände 5

1. Die vier Fälle 5

1) Mentalreservation, § 95 5

2) Scherz, § 97 5

3) Scheingeschäft, § 96 (dazu §§ 828, 832, 834, 1779) . . . 5

4) Irrthum, § 98 10

2. Die gemeinsame Bezeichnung der vier Fälle. Weitere Fälle . . 13

a. „Erklärter Wille" 14

b. „Wirklicher Wille" 15

II. Die rechtliche Behandlung 16

1. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit 17

2. Die Haftung des Erklärenden wegen Schuld 18

a. Empfangsbedürftige Willenserklärungen 19

α. Die Abstufung nach der Schwere der Schuld 19

Giltigkeit — Schadensersatz; Vermögensschade; Maximum des Schadensersatzes; Schadensersatz durch Geltenlassen der Willenserklärung.

β. Der Einfluß von Kennen oder Kennenmüssen des Empfängers 21

Zeitpunkt für das Kennen oder Kennenmüssen.

γ. Rechtsstellung dritter Personen 23

b. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen 24

α. Die Schuld des Erklärenden 24

β. Kennen oder Kennenmüssen des Dritten 25

3. Die sog. Wesentlichkeit des Irrthums, § 98 27

4. Geltung des wirklich Gewollten, § 98, § 96 Abs. 2 29

5. Besondere Rechtsgeschäfte 31

a) Letztwillige Verfügungen, §§ 1779, 1947 31

b) Eheschließung, § 1259 Nr. 2 31

Digitized by Google

Seite

§ 100. Dissens 34
1. § 100 bezieht sich nicht auf den offenen Dissens 34
2. und nicht auf den Fall, wo die einzelne Erklärung trotz Willensmangels giltig ist 35
3. er darf sich nicht auf den Fall beziehen, wo die einzelne Erklärung wegen Willensmangels nichtig ist 35
4. er bezieht sich nur auf den versteckten Dissens im engeren Sinne; hier ist er sachlich zu billigen 37
5. aber durch § 114 überflüssig gemacht 38
6. Uebertragung der Haftungsbestimmungen des § 99 auf den Dissensfall? 38
§ 101. Erklärung durch Mittelspersonen 39
1. Auch durch sonstige Zwischenglieder 40
2. Auch nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen 40
§ 102. Motive (Irrthum in den Beweggründen) 40
§ 103, 104. Drohung und Betrug 41
1. Thatbestand 41
a) Drohung — Gewalt — Zwang 41
b) Betrug — arglistige Täuschung — Ueberlistung 42
2. Empfänger und Dritter 43
3. Anfechtungsfrist 44
4. Besondere Rechtsgeschäfte 45
§§ 104a—104c*. Voraussetzung 45
1. Bei Leistungsgeschäften, § 742 46
a. Thatbestand: „Bewirken einer Leistung“ 47
b. Rechtsfolge: Konditktion 48
2. Beim Vergleich, § 667 49
3. Bei der Eheschließung, § 1259 Nr. 1 50
4. Bei Rechtsgeschäften von Todeswegen, § 1781 50
5. Vermuthete Voraussetzung, §§ 1229, 1782, 1783 52

Sechster Titel. Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

Inhalt — Ueberschrift 54
§ 104d*. Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte 54
§ 105. Verbotene Rechtsgeschäfte 56
1. Verbot der Vornahme des Rechtsgeschäfts, dazu §§ 344, 347 . 56
2. Wann liegt ein Verbot vor? 56
3. Wirkt das Verbot auf abstrakte Geschäfte? 57
4. Verbote ohne Nichtigkeitsfolge 57
5. Richterliche und vertragsmäßige Verbote 57
6. Geschäfte in fraudem legis, § 105* Abs. 2 58
7. Rechtsgeschäfte für den Fall der Aufhebung des Verbots, § 347 58
§ 106. Sittlich verwerfliche Rechtsgeschäfte 58
1. Die guten Sitten — die Sittlichkeit 58
2. Verstoß gegen die öffentliche Ordnung 58

Digitized by Google

Seite
3. Rechtsgeschäfte auf unsittliche Leistung, dazu § 344 59
4. Unsittlichkeit des Inhalts des Rechtsgeschäftes? 60
5. Unsittlichkeit nur einer Partei 61
6. Unsittlichkeit bei abstrakten Geschäften 64
7. Verhältniß zwischen § 105 und § 106 64
§ 107. Veräußerungsverbot 65
1. Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit? 65
2. Welche Geschäfte sind verboten? 66
3. Verfügungen „aus dem Rechte" des Beschränkten 66
4. Verbot der Zwangsveräußerung in Abs. 4 67
5. Schutz gutgläubiger Erwerber 68
6. Fall der Konkurseröffnung, Abs. 3 68
7. Rechtsgeschäftliche und behördliche Verbote 68

Siebenter Titel. Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Ungiltigkeit — Nichtigkeit — Anfechtbarkeit 69
§ 108. Begriff der Nichtigkeit 69
§ 109. Unheilbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte 70
Nichtigkeit und Unwirksamkeit.
§ 110. Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte 71
§ 111. Konversion 73
§ 112. Wirkung der Anfechtung 74
§ 113. Ausübung der Anfechtung 75
1. Anfechtungsform 75
2. Anfechtungsgegner 75
Aenderung für nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte.
3. Anfechtungsverzicht 77
§ 114. Theilweise Nichtigkeit, dazu § 1787 78

Achter Titel. Vertretung und Vollmacht.

Stellvertretung — Vertretungsmacht — Vollmacht 80
§ 115. Zulässigkeit der Stellvertretung 81
§ 116. Wirkung der Stellvertretung 82
§ 117. Willensmängel u. s. w. in der Person des Vertreters . 84
§ 118. Wissen, Nichtwissen, Wissenmüssen in der Person des Vertretenen 85
§ 119. Die Vollmacht 86
1. Die Ertheilung der Vollmacht; Vollmacht und Einwilligung . . 86
2. Das Erlöschen der Vollmacht: ihre Widerruflichkeit 88
3. Wem muß der Widerruf erklärt werden? 91
4. Sonstige Erlöschungsgründe, insbesondere nach § 603 92
5. Verzicht (Kündigung) seitens des Bevollmächtigten 93
6. Verzicht seitens des Dritten? 93
7. Uebertragung auf die Einwilligung überhaupt, § 127a* . . . 94

Digitized by Google

Seite

§ 120 Abs. 1. Vertretungsmacht durch Kundgebung an Dritte: ihre Entstehung 97
1. Wer gilt als bevollmächtigt? 97
2. Was ist „Kundgebung?“ 98
3. Begründung des Rechtssatzes; Schutz des gutgläubigen Dritten . 98
4. Wem gegenüber wirkt die Kundgebung? 100
5. Der Vertreter hat Vertretungsmacht, nicht Vollmacht 102
6. Kundgebung als Ertheilung der Vollmacht 102
7. „Oeffentliche Bekanntmachung“ 103
8. Kundgebung an den Vertreter selbst 104
§ 120 Abs. 2. Vertretungsmacht durch Kundgebung an Dritte: ihr Erlöschen.
1. Erläuterungen, Stilistisches 104
2. Die Erlöschungsgründe 107
§ 121. Vertretungsmacht durch Vorzeigen einer Vollmachtsurkunde 108
1. Praktische Bedeutung 108
2. Gutgläubigkeit des Dritten 109
3. Wem gegenüber wirkt die Urkunde? 109
4. Der Vertreter braucht nicht bevollmächtigt zu sein 109
5. Er muß die Urkunde „erhalten“ haben 109
6. und zwar „zum Nachweise der Bevollmächtigung“ 109
7. Er muß sie „vorgelegt“ haben 109
8. und zwar bei jedem einzelnen Rechtsgeschäft 110
9. Erlöschen der Vertretungsmacht des § 121 110
§ 122. Vertretung kraft Vollmacht bei einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften 112
§ 123. Vertretung ohne Vertretungsmacht bei Verträgen . . 113
Ausdehnung auf einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte. Das Schwebeverhältniß; Rücktrittsmöglichkeit. Ertheilung der Genehmigung. Aufforderungsfrist.
§ 124, 125. Hilfe für den gutgläubigen Dritten bei Vertretung ohne Vertretungsmacht 116
1. Gemeinsame Voraussetzungen 116
2. Rücktrittsrecht des Dritten 116
3. Haftung des Vertreters 116
§ 126. Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften 117

Neunter Titel. Einwilligung und Genehmigung.

Terminologie: Zustimmung. Fälle 118
§ 127 Abs. 1. 2. Ertheilung, Verweigerung, Widerruf der Zustimmung 119
1. Erweiterungen des Abs. 1 119
2. Form der Zustimmung 120

Digitized by Google

Seite

§ 127 Abs. 3. Erlöschen der Einwilligung 122
§ 127 Abs. 4. Rückwirkende Kraft der Genehmigung. . . . 122
1. „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist“ 122
2. Ausnahme von der rückwirkenden Kraft 122
3. Ist noch eine weitere Ausnahme nöthig? 125
4. Rücktritt der Vertragschließenden 126
5. Aufforderungsfrist 128

Zehnter Titel. Bedingung und Befristung.

Anordnung der Neufassung 129
§ 128. Wirkung der aufschiebenden Bedingung 130
§ 129. Wirkung der auflösenden Bedingung 130
§ 130. Obligatorische Rückwirkung 130
§ 131. Ausfall der Bedingung 131
§ 132. Vererblichkeit 131
§ 133. Sicherung des bedingt Berechtigten 131
§ 134, 135. Die sog. Gebundenheit während Schwebens der Bedingung 132
§ 136. Vereitelung der Bedingung gegen den Sinn des Geschäfts 134
§ 137. Auf Gegenwart oder Vergangenheit gestellte Bedingungen 134
§ 138. Potestativbedingungen 135
§ 139. Unverständliche Bedingungen 136
§ 140. Rechtsbedingungen 136
§ 141, 142. Die Befristung 137
§ 143. Abgrenzung von Befristung und Bedingung . . . 137

Einzelne mit Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5—10 in Verbindung stehende Bestimmungen:

Fahrlässigkeit, Irrthum, §§ 144—146 138
1. Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit, § 144 138
2. Culpa in concreto, § 145 139
3. Irrthum, Wissenmüssen, § 146 140
Einzelnes aus dem Recht der Schuldverhältnisse 140
Kulpakompensation, § 222 140
Früher erörterte Stellen 141
Zwecklose Bereicherung, §§ 737—745, 747 142
1. Thatbestand der Kondiktionen 142
2. Gegenstand der Kondiktionen 142
3. Sonderbestimmungen 143
4. Verweisungen 144
Einzelnes aus dem Sachen-, Familien- und Erbrecht . . . 145

Nachtrag

zu der in Theil I vorgeschlagenen Neufassung des § 74 Abs. 1 und 4 . 146

Digitized by Google

Seite

Entwurf und Neufassung.

I. Buch 1 Abschnitt 4 „Rechtsgeschäfte“:
Titel 5 „Willensmängel“ 148
Titel 6 „Unerlaubte Rechtsgeschäfte“ 156
Titel 7 „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“ 160
Titel 8 „Vertretung und Vollmacht“ 162
Titel 9 „Einwilligung und Genehmigung“ 168
Titel 10 „Bedingung und Befristung“ 170

II. Einzelne mit Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5—10 in Verbindung stehende Bestimmungen:
Buch 1 Abschnitt 5 „Fahrlässigkeit. Irrthum“: §§ 144—146 . . 178
Einzelnes aus dem Recht der Schuldverhältnisse:
§ 222, § 290 Abs. 2, 4, § 294 Abs. 2 Satz 2, § 315 Abs. 1 Satz 3, § 344, § 347, § 603, § 626 Abs. 2, § 667, § 684 . . 180
Buch 2 Abschnitt 4 Titel 1 „Bereicherung“: §§ 737—745, § 747 . 184
Einzelnes aus dem Sachenrecht: § 829, § 832, § 874 Abs. 1 Satz 2 190
Einzelnes aus dem Familienrecht: § 1229, 1259, 1261 192
Einzelnes aus dem Erbrecht: §§ 1779—1785, 1787, 1947 194

III. Nachtrag zu der in Theil I vorgeschlagenen Neufassung des § 74 Abs. 1 und 4 198

Verzeichniß der behandelten Paragraphen des Entwurfs . . . 201

Digitized by Google

Der erste Theil dieser Arbeit umfaßte die Titel 1—4 der allgemeinen Rechtsgeschäftssätze des Entwurfs (Abschnitt 4 des allgemeinen Theils); der nunmehr vorgelegte Theil umfaßt Titel 5—10; damit ist erschöpft, was der Entwurf an allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte besitzt.

Mitbearbeitet sind die Bestimmungen über Willensmängel bei Eheschließung und letztwilligen Verfügungen sowie die Sätze über zwecklose Bereicherung, ferner eine Reihe einzelner mit den bearbeiteten Titeln in Verbindung stehender Rechtssätze des Entwurfs.

Die Literatur über den Entwurf ist inzwischen sehr angewachsen, die Unsicherheit über das Schicksal des Entwurfs ist groß, die Zeit, in der wir einen neuen Schritt zur Vollendung des großen Werkes seitens der Reichsregierung erwarten, rückt nahe. Ich habe trotzdem geglaubt, meine Arbeit, so wenig dankbar sie ist, nicht einstellen zu sollen. Wiederum habe ich formulirte Vorschläge beigefügt; die Worte, mit denen ich einst (I S. 14 fg.) dieses Wagniß entschuldigte, bitte ich hier als wiederholt zu denken. Bei der außerordentlichen und die Kräfte eines Einzelnen übersteigenden Schwierigkeit der Gesetzgebungsaufgabe in einem Theil der behandelten Lehren, namentlich in der Irrthumslehre, sind Mißgriffe unvermeidlich; leicht wird es sein, dies und jenes zu tadeln. Ich bescheide mich auch hier, wenn nur Einiges übrig bleibt, was dem höchsten Zweck, uns ein gerechtes, Streit verhütendes Gesetzbuch zu schaffen, dient. Daneben hoffe ich, daß einige der angestellten Erörterungen auch für die Erkenntniß des geltenden Rechts Interesse haben, und daß sie in diesem Sinne unabhängig von dem Entwurf und seinem Schicksal zu benutzen sein möchten.

Während die Neuvorschläge sich in Titel 6—10 mehr oder minder an die Bestimmungen des Entwurfs anlehnen konnten — „Ausbau und Umbau, nicht Neubau war erfordert" —, mußte diese

Digitized by Google

Grundlage bei den Vorschlägen über Willensmängel ganz verlassen werden. Eine ausreichende Begründung der Neuvorschläge im Rahmen einer Kritik des Entwurfs zu geben, habe ich geplant, aber bei der Ausführung unmöglich gefunden. Demnach beschränken sich die hier vorgelegten Untersuchungen zu Titel 5 auf eine genaue Kritik der Entwurfsbestimmungen von der Grundlage des Entwurfs aus und auf eine einfache Mittheilung der eigenen Vorschläge. Eine Begründung dieser Vorschläge ist nicht gegeben; sie wird in einer demnächst erscheinenden Bearbeitung der Lehre vom Irrthum[1]) nachgeholt werden.

Die kritische Besprechung des Entwurfs und die Motivirung der eigenen Vorschläge habe ich in denjenigen Materien, die nicht unmittelbar in mein Thema gehörten, und ferner in der Lehre von den Bedingungen und Befristungen kurz halten zu dürfen geglaubt. Insbesondere in der Konditionenlehre (§ 104 d*, § 737*ff.) habe ich mich fast ganz auf Mittheilung der Ergebnisse beschränkt: die genauere Motivirung hätte nur auf Grund weitgreifender legislativer Erörterungen gegeben werden können, welche den für diese Arbeit gewählten Rahmen gesprengt haben würden. Auch das hier Fehlende hoffe ich in nicht allzu ferner Zeit nachholen zu können.

Die bisher erschienene kritische Literatur zum Entwurf bei jedem einzelnen Satz zusammenstellend anzuführen, lag kein Bedürfniß mehr vor; die Arbeit ist schon von Anderen geleistet. Ich konnte in Folge dessen mit leichterem Ballast von Citaten fahren. Wie weit die Literatur benutzt ist, geht ja auch aus der Bearbeitung von selbst klar hervor. Die I S. 17 fg. genannten Arbeiten von Schilling, Baehr, Hölder sind wie früher nur mit den Namen der Verfasser angeführt; ebenso die Arbeiten von Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf I und Hellmann, Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 7 S. 497—506. Mit „Gierke“ sind jetzt nicht mehr die einzelnen Aufsätze Gierkes sondern sein zusammenfassendes Buch „Der Entwurf“ u. s. w. gemeint.

Die Paragraphenzahlen mit einem * bedeuten wiederum die eigenen Vorschläge. Daß die sämmtlichen erörterten Paragraphen des Entwurfs mitabgedruckt sind, geschah einmal der Bequemlichkeit des Lesens halber, sodann um das Verhältniß zwischen dem Entwurf und den Neuvorschlägen dem Inhalt und auch der Länge oder Kürze nach zu sinnenfälliger Anschauung zu bringen.

---

[1]) Unter dem Titel „Willensmängel bei Rechtsgeschäften“.

Digitized by Google

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs wird die Reihenfolge der Rechtsgeschäftstitel noch einmal geprüft werden müssen. Vielleicht ist es besser, die Titel voran zu stellen, welche Begriffe erörtern, die in den anderen Titeln verwendet werden. So würde z. B. Tit. 9 (Einwilligung und Genehmigung) zweckmäßiger vor Titel 1 (Geschäftsfähigkeit) und 8 (Vertretung) stehen. Man könnte etwa an folgende Ordnung denken. Zuerst die Arten des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen: Titel 2, Titel 3; dann Titel 7 (Ungiltigkeit), Titel 9 (Einwilligung und Genehmigung); dann die Haupterfordernisse des Rechtsgeschäfts: Willensmängel (Titel 5), Fähigkeit (Titel 1), Form (Titel 4); dann Inhalt (Titel 6), daran anschließend als besonders gearteter Inhalt bedingte und befristete Rechtsgeschäfte (Titel 10), und schließlich die Stellvertretung (Titel 8).

Digitized by Google

Fünfter Titel.

Willensmängel.

Von Willensmängeln redet der Entwurf in drei Gruppen von Fällen[2]):

1) bei Nichtübereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, §§ 95—99;

2) bei Nichtübereinstimmung des Willens zweier Parteien, die einen Vertrag schließen wollen, § 100[3]);

3) bei Vorhandensein von Motiven, welche insofern mangelhaft sind, als sie den Anforderungen des Rechts nicht voll entsprechen (Furcht und Irrthum), § 102—104: der Wille selbst wird hier der Seite seiner Entstehung nach mangelhaft genannt[4]).

Der Ausdruck „Willensmangel" ist, wie man sieht, angreifbar[5]), aber es ist schwer, einen anderen gleich umfassenden zu finden[6]).

§§ 95—99.

„Nichtübereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen".

Die §§ 95—99 gehören eng zusammen; sie können darum nicht getrennt besprochen werden. Wir erörtern zuerst die Thatbestände der

---

[2]) Die Unterscheidung der ersten und dritten Gruppe kehrt wieder bei den Sätzen über Eheschließung § 1259 und über letztwillige Verfügungen § 1779 ff.; vgl. auch § 194 Abs. 2.

[3]) § 101 bezieht sich auf die erste und zweite Gruppe von Fällen zusammen.

[4]) Unrichtig spricht § 194 Abs. 2 von Mangel der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betruges, Goldschmidt S. 19.

[5]) Goldschmidt S. 71.

[6]) Wir folgen im Weiteren dem bequemen Sprachgebrauch des Entwurfs, der mit dem Worte „Wille" sowohl den Willen zur körperlichen Bewegung als auch die Absicht auf den Erfolg umfaßt. „Absicht" verwendet z. B. § 96 Abs. 2, § 98 Satz 2, § 111.

Digitized by Google

Nichtübereinstimmung: welche Fälle gehören hierher und wie sind sie im Entwurf formulirt? sodann: wie sind diese Fälle rechtlich zu behandeln?

I. Die Thatbestände.

Der Entwurf unterscheidet, im Wesentlichen gemäß der bisherigen Lehre[7]), vier Fälle. Er hat aber diese Unterscheidung nicht in sich widerspruchslos durchgebildet, und hat den Fällen jedenfalls eine ungenaue Fassung gegeben.

1. Die vier Fälle sind folgende:

1) Der Erklärende ist sich der Nichtübereinstimmung bewußt und beabsichtigt zu täuschen[8]): Mentalreservation § 95.

2) Er ist sich der Nichtübereinstimmung bewußt, aber beabsichtigt nicht zu täuschen: § 97. Hauptfall, nach dem wir weiterhin die hierher gehörigen Fälle benennen: Erklärung zum Scherz. Ferner gehört dahin: Erklärung als höfliche Redensart, „zum Lehrbeispiel, in der Erzählung, beim Vorlesen, in der dramatischen Darstellung und bei sonstiger künstlerischer Produktion, beim Auswendiglernen, als Sprachübung“[9]).

3) Zwischen die Fälle der Mentalreservation und des Scherzes schiebt der Entwurf den Fall des „zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäfts“ ein (§ 96).

Die Unterscheidung der genannten drei Fälle von einander ist wichtig, da der Entwurf alle drei verschieden behandelt.

Der Unterschied des ersten und des zweiten Falles scheint zwar klar, dort Täuschungsabsicht, hier nicht; indeß eine nähere Untersuchung des Begriffs Scheingeschäft zeigt, daß die Formulirung der drei Fälle überhaupt nicht genau ist.

a) Wir sprechen zuerst allein von empfangsbedürftigen Willenserklärungen[10]), also von Vertragserklärungen und einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften. § 95 stellt nun darauf ab, daß der Erklärende den Mangel verhehlt, § 97, daß er ihn nicht verhehlt habe. Soll § 96 zwischen diesen Fällen eine eigene Existenz haben, so müssen wir ihn auf den Fall der sogenannten zweiseitigen

---

[7]) Ueber Fall 1, 2 und 4 vergl. Irrthum und Rechtsgeschäft S. 388—389; meine Abhandlung in den Jahrb. für die Dogm. XVI S. 400 fg., 404.

[8]) „Sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat“ in § 95 ist Gegensatz zu „Hat der Urheber . . . zu täuschen nicht beabsichtigt“ in § 97.

[9]) Irrthum S. 388.

[10]) Im Sinne des § 74 (s. unten im „Nachtrag“ die Korrektur zu § 74*); vgl. Theil I S. 23.

Digitized by Google

Simulation beziehen, auf den Fall also, daß zwischen zwei Personen scheinbar ein Vertrag oder ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft errichtet wird, während beide Parteien darin übereinstimmen, daß dies Rechtsgeschäft nicht ernstlich gemeint sei, vielmehr nur der Schein desselben in der Absicht Dritte zu täuschen hergestellt werde. Daß § 96 diesen Fall meint, geht auch aus seinem Abs. 2, der von einem von den Parteien beabsichtigten anderen Rechtsgeschäft spricht, sowie aus mehreren Aeußerungen der Motive[11]) hervor. Aber ausgedrückt ist es in Absatz 1 nicht. Der Sprachgebrauch wird allgemein auch dann von einem zum Schein vorgenommenen Rechtsgeschäft zu sprechen bereit sein, wenn der Erklärende den Empfänger der Erklärung zu täuschen beabsichtigt (Fall des § 95), und umgekehrt er wird die Wendung des § 95 „sofern er den Mangel verhehlt hat" auch da zutreffend finden, wo dieses Verhehlen sich nicht gegen den Empfänger, sondern nur gegen die übrigen Personen richtete. Der Unterschied der drei Fälle wäre demnach, was die Absicht des Erklärenden angeht, bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften der: sobald der Erklärende den Empfänger allein oder zugleich auch dritte Personen zu täuschen beabsichtigt, liegt § 95, sobald er bloß Dritte zu täuschen beabsichtigt, liegt § 96, wenn er Niemanden zu täuschen beabsichtigt, liegt § 97 vor.

Aber diese Absicht des Erklärenden ist nicht das allein Entscheidende; es kommt auch auf den Erfolg an. Scheingeschäft ist nach dem Entwurf nur das gelungene Scheingeschäft. Und da entsteht denn die Frage: unter welchen der genannten Thatbestände gehört es, wenn der Erklärende meint, der Empfänger verstehe, daß die Willenserklärung nur zum Schein abgegeben werde, während der Empfänger die Erklärung in Wahrheit für Ernst hält?

Wie gesagt liegt kein „Scheingeschäft" vor: es können die Regeln über das Scheingeschäft hier nicht Platz greifen. Ebenso wenig liegt Mentalreservation (§ 95) vor: der Erklärende wollte den Empfänger nicht täuschen. Also was sonst? Die Motive[12]) antworten ohne Weiteres: der Fall sei unter den Thatbestand des Scherzes u. dgl. (§ 97) unterzuordnen. Das ist nicht richtig, dieser Thatbestand paßt nicht; denn er verlangt, daß „der Erklärende zu täuschen nicht beabsichtigt". Das bedeutet: Niemanden, nicht etwa: bloß den Empfänger nicht[13]). Vielmehr paßt der Fall des mißlungenen

[11]) I S. 191 Abs. 2 a. E., S. 192 unten.

[12]) I S. 193 unten

[13]) Hätte § 97 auch den Fall unter sich begreifen wollen, daß der Erklärende zwar Dritte, aber nur nicht den Empfänger zu täuschen beabsichtigte, so wäre ja

Digitized by Google

Scheingeschäfts unter keinen der dargestellten Thatbestände, und es ergiebt sich, daß die Thatbestandsfixirung des Entwurfs unvollständig ist.

b) Fragen wir weiter, ob der Begriff des Scheingeschäfts und damit die eigenthümliche Regel des § 96 auch auf nicht empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte, auf die der Ausdruck ohne Zweifel auch paßt, bezogen werden darf, so gerathen wir, was den Entwurf betrifft, in Zweifel und Unklarheit. Das Merkmal, nach dem wir bisher Mentalreservation und Scheingeschäft unterschieden haben, trifft bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften nicht zu, denn wir unterschieden beide danach, ob dem Empfänger gegenüber Täuschungsabsicht bestand oder nicht, und die nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte haben eben keinen Empfänger. Spricht man also auch bei diesen von „Scheingeschäft", so muß der Begriff hier ein anderer als der bisher ermittelte sein.

Im Entwurf ist nun ohne Zweifel an anderen Stellen der Begriff des Scheingeschäfts auch auf nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte angewendet, vor Allem in § 1779 wenn schon nur stillschweigend auf die letztwilligen Verfügungen, welche ja einen Empfänger nicht haben, ferner in § 834 auf gewisse einseitige dingliche Rechtsgeschäfte. Dieser letzte Paragraph [14]) ergiebt zugleich, welcher Begriff von Scheingeschäft bei diesen Verwendungen zu Grunde liegt.

§ 834 bezieht sich „auf die einseitige vor oder gegenüber dem Grundbuchamte abzugebende Erklärung, durch welche das Eigenthum aufgegeben oder auf ein anderes Recht an einem Grundstücke oder auf ein Recht an einem solchen Rechte verzichtet" wird [15]), und sagt, auf diese Geschäfte solle u. A. auch der § 832 Anwendung finden, der lautet: „Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäftes erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien, im Verhältnisse zu einander die Nichtigkeit des Scheingeschäftes geltend zu machen".

Jene vor oder gegenüber dem Grundbuchamte abzugebenden Erklärungen des § 834 rechnet der Entwurf, weil das Grundbuchamt

---

eine Bestimmung über das Scheingeschäft, wie sie § 96 giebt, ganz überflüssig gewesen; die Nichtigkeit des gelungenen Scheingeschäfts würde ja durch § 97 Abs. 4 bereits bestimmt sein.

[14]) auf den die Motive zu § 96 (I S. 193 Abs. 1) ausdrücklich verweisen.

[15]) Also Dereliktion § 872, Verzicht auf Servituten irgend welcher Art § 977, 1015, 1048, auf Reallasten § 1061, auf Vorkaufsrechte § 960, auf Erbbaurechte § 965.

Digitized by Google

nicht sachlich beteiligt ist, zu den nicht empfangsbedürftigen Erklärungen[16]), und jedenfalls ist mit „Scheingeschäft" hier nicht gemeint, daß etwa der Grundbuchbeamte, welcher thatsächlich die Erklärung empfängt, mit der Nichternstlichkeit derselben einverstanden sei, denn § 832 spricht von „den Parteien". Gemeint sein kann also nur dies: der Berechtigte, welcher die Verzichterklärung abgeben will, erklärt demjenigen, welcher durch den Verzicht unmittelbar oder mittelbar gewinnen würde, also dem neuen Eigenthümer, der das derelinquirte Grundstück nach § 872 Abs. 2 sich zueignen will, oder dem Eigenthümer des Grundstücks, welches von der Last frei werden würde, daß er die Dereliktion bezw. den Verzicht, welche er vor oder gegenüber dem Grundbuchamte erklären werde, nicht ernstlich meine[17]). Allgemein gefaßt: ein nicht empfangsbedürftiges Rechts-

---

[16]) § 74 Abs. 4, s. oben Note 10.

[17]) Noch anders steht der Fall des Scheingeschäfts, von dem der oben angeführte § 832 spricht. Nach § 828 Abs. 1 ist nämlich „zur Uebertragung des Eigenthums, sowie zur Begründung, Uebertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft" ein Vertrag der Parteien und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Dieser Vertrag erfordert nach § 828 Abs. 2 „die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von Seiten des anderen Theiles". Nicht hingegen erfordert er (die Motive III S. 173 lehnen dies im Gegensatz gegen eine Vorschrift des mecklenburgischen Rechts ausdrücklich ab), daß die Erklärungen sich auf die materielle Seite des Geschäftes (die Eigenthumsübertragung, die Hypothekbestellung ꝛc.) richten. Ist demnach der Konsens über die Eintragung erklärt und diese erfolgt, so ist die materielle Rechtsänderung, insbesondere die Eigenthumsübertragung, eine Rechtsfolge, die ex lege, also auch ohne Absicht der Parteien eintritt. Für gewöhnlich macht dies nun, wie die Motive selbst sagen, gar keinen Unterschied: wer die Eintragung will, der will auch die aus ihr folgende Rechtsänderung, es sei denn, er befinde sich im Rechtsirrthum, was praktisch kaum vorkommen wird. Gerade beim Scheingeschäft aber zeigt sich der Unterschied beider Auffassungen. Ohne Zweifel ist hier der Konsens auf Eintragung ernstlich: die Parteien müssen ja die Eintragung ins Grundbuch wollen, weil sonst auch Dritten gegenüber kein Schein eines Eigenthumsübergangs entstehen würde. Was sie nicht wollen, ist die gesetzliche Folge dieser konsentirten Eintragung, nämlich den Eigenthumsübergang; die Absicht auf diesen ist aber nach § 828 Abs. 2 gleichgiltig, tritt also auch ohne sie ein. Demnach liegt hier überhaupt kein wirkliches Scheingeschäft vor, es handelt sich vielmehr nur darum, daß der dem abstrakten (auf Eintragung gerichteten) Vertrag zu Grunde liegende Kaufalvertrag die Parteien obligatorisch verpflichtet, die Eigenthumsübertragung dereinst wieder rückgängig zu machen und sich bis dahin gegenseitig das zu leisten, was sie haben würden, wenn Eigenthum nicht übergegangen wäre.

Digitized by Google

geschäft ist ein Scheingeschäft, wenn der Erklärende dem, auf dessen Rechtsverhältnisse die Willenserklärung einwirken würde, also dem sachlich an der Wirkung des Geschäfts Betheiligten, die Nichternstlichkeit der Erklärung kundgiebt, während er sie anderen Personen gegenüber verhehlt. Daraus erklärt sich auch, was allein unter einer zum Schein errichteten letztwilligen Verfügung (arg. § 1779) verstanden werden kann: es ist eine Verfügung, deren Nichternstlichkeit Dritten gegenüber verhehlt, aber gerade der bedachten Person mitgetheilt ist[18]).

Also: es giebt Stellen im Entwurf, an denen er den Begriff Scheingeschäft in der eben dargelegten Weise auch auf nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen anwendet. Es ist nun von größter Wichtigkeit zu wissen, ob das auch in § 96 geschehen ist. Spricht § 96 bloß von empfangsbedürftigen Willenserklärungen, so fällt das nicht empfangsbedürftige zum Schein vorgenommene Rechtsgeschäft unter § 95, d. h. es ist Jedem, auch dem, der die Scheinnatur kennt, gegenüber giltig. § 95 Satz 2 läßt nämlich die Kenntniß des Gegners von der Mentalreservation nur erheblich sein, wenn der Gegner ein Empfänger ist. Findet hingegen § 96 Anwendung, so ist das nicht empfangsbedürftige Scheingeschäft immer nichtig.

Wir glauben, daß der Entwurf die erste Entscheidung gewollt hat, weil er überhaupt jedes Kennen des Gegners bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen gleichgiltig sein läßt, sowohl im Fall der Mentalreservation, § 95 Satz 2, wie in sämmtlichen anderen Fällen des Willensmangels, § 97 Abs. 4, § 99 Abs. 3. § 96 müßte also jedenfalls eine andere Fassung erhalten, welche ihn auf empfangs-

---

[18]) Die Motive sind hier nicht zur Klarheit gekommen, sie stellen (V S. 45) gerade den im Text bezeichneten Fall unter die „Mentalreservation". Die Mentalreservation soll nämlich bei letztwilligen Verfügungen ausnahmsweise erheblich sein, und dies begründen die Motive so: wenn der Erblasser eine letztwillige Verfügung mit Mentalreservation errichtet habe, und die durch die Verfügung Gewinnenden „hatten sich mit dem Erblasser verbunden, um unlautere Zwecke zu erreichen", so würde, wenn man die Vorschriften des allgemeinen Theils nicht modifizirte, „ein der Simulation analoges Vorgehen rechtlichen Erfolg erlangen, entgegen der für die Simulation im § 96 gegebenen Vorschrift". Denn nach § 95 ist ja auch ein mit Mentalreservation errichtetes Geschäft giltig; „die im § 95 vorgesehene Ausnahme aber kann nicht Platz greifen, denn jene Personen sind nicht Empfänger der Willenserklärung". Kein Zweifel also, daß die Motive diesen „der Simulation analogen" Fall als Fall der Mentalreservation denken; und wenn sie dann in einem neuen Absatz fortfahren: „Der § 96 muß hier Anwendung finden. Inwieweit bei letztwilligen Verfügungen eine Simulation vorkommen kann, mag dahingestellt bleiben", so müssen sie hier noch wieder an einen anderen Fall denken; an welchen, das ist mir unverständlich geblieben.

Digitized by Google

bedürftige Willenserklärungen beschränkt. Etwa: „Eine Willenserklärung, welche im Einverständniß mit dem Empfänger zum Schein vorgenommen wird, ist nichtig“. Dabei ergiebt sich denn: der Thatbestand des § 96 Abs. 1 ist nur ein Unterfall von § 95 — es ist ein Willensmangel da, und der Erklärende verhehlt diesen zwar nicht gegenüber dem Empfänger, aber doch gegenüber Dritten; und auch die Entscheidung stimmt genau mit der des § 95 überein; denn nach Satz 2 dieses Paragraphen ist die Willenserklärung nichtig, wenn der Empfänger den Mangel gekannt hat — also selbst wenn er ihn zufällig gekannt hat, um wie viel mehr, wenn er ihn durch Mittheilung des Erklärenden selbst gekannt hat.

4) Die Nichtübereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen beruht auf Irrthum, der Erklärende hat also auch keine Täuschungsabsicht. Das sollen die Fälle des Savigny'schen unechten, willenausschließenden Irrthums sein, also jedenfalls die Fälle der fehlgehenden körperlichen Bewegung, „Irrung“ [19]) und des „Verlautbarungsirrthums“ [20]) — von dem Identitätsirrthum wird sofort besonders gesprochen werden. — Schon mit Rücksicht auf die ersteren Fälle allein ist die Formgebung des § 98 zu verwerfen. § 98 [21]) verlangt, daß „der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers beruhe“. Das ist zunächst stilistisch zu ändern. „Beruhen“ zeigt den Grund an; einen Grund aber dafür, daß zwischen zwei Dingen eine Uebereinstimmung mangelt, giebt es nicht, sondern immer nur einen Grund dafür, daß das eine Objekt gerade so ist, wie es eben ist, und daß das andere auch gerade so ist, wie es ist [22]). Stimmt nun der Wille nicht mit der Erklärung überein, so läßt sich vernünftiger Weise, da der Wille der Erklärung vorangeht, nur fragen: warum ist gerade diese Erklärung abgegeben worden, während doch normaler Weise die Erklärung mit dem Willen übereinzustimmen pflegt? § 98 meint also: „Beruht die Abgabe einer mit dem Willen nicht übereinstimmenden Erklärung auf einem Irrthume“, u. s. w.

Bei weitherziger Auslegung des Worts „beruhen“ würde sich auch die Irrung hierunter begreifen lassen. § 98 spricht aber dann davon, „daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde“. Demnach betrachtet § 98

---

[19]) Irrthum S. 368; dieser Ausdruck auch in den Motiven I S. 196.
[20]) Motive ebenda.
[21]) Ebenso § 1259 Nr. 2.
[22]) Irrthum S. 421 fg.

Digitized by Google

die Nichtkenntniß der Sachlage als Ursache für die Abgabe der Willenserklärung: mit dieser Wendung sind aber die Fälle fehlgehender körperlicher Bewegung, die doch mitumfaßt sein müssen, also die Fälle der Irrung nicht mehr getroffen; um eine kausale Unkenntniß der Sachlage handelt es sich hier überhaupt nicht. Der Ausdruck in § 98 ist mithin zu eng. Andererseits ist er zu weit. Die Abgabe einer scherzhaften (also „mit dem Willen nicht übereinstimmenden"), aber vom Empfänger für Ernst genommenen Willenserklärung beruht immer auf dem Irrthum, daß der Empfänger den Scherz verstehen werde. Also trifft die Formulirung des § 98 zu; und doch ist zweifellos gemeint, daß nicht die Rechtsfolge des § 98, sondern die von ihr verschiedene des § 97 Platz greifen soll[23]).

Es bedarf hier also einer anderen Formulirung.

Zweifelhaft ist, ob auch der Fall des Irrthums über Identität und Eigenschaften von § 98 mitumfaßt sein, oder ob auf ihn die Regel des § 102 Anwendung finden soll, der sagt: „Ein Irrthum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ohne Einfluß." Der Entwurf selbst giebt auf diese Frage keine Antwort; insbesondere läßt sich eine solche auch nicht aus § 98 Abs. 2 herauslesen. Wenn es hier heißt, „daß die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde", so braucht das nicht nothwendig auf den Identitätsirrthum bezogen zu werden. Der error in negotio, in re, in persona, von dem hier die Rede ist, kommt ja auch bei dem Irrthum fehlgehender körperlicher Bewegung und bei dem Irrthum in der Bezeichnung (Verlautbarungsirrthum) vor[24]).

Da hiernach der Entwurf selbst nicht sagt, ob er den Identitätsirrthum als bloßen Irrthum im Beweggrund oder — wie wir uns kurz zu sagen erlauben — als Ursache eines Willensmangels betrachte, so würde dem Richter, der ja den Entwurf aus sich selbst heraus beurtheilen soll, nichts übrig bleiben, als die Natur des Identitätsirrthums psychologisch zu untersuchen und je nach dem Ausfall der Untersuchung ihn unter die eine oder die andere Kategorie zu stellen.

---

[23]) Ebenso ist auch in § 1259 Nr. 2 (Irrthum bei der Eheschließung) jener Fall des Scherzes nicht mitgemeint — so auch die Motive IV S. 55 fg., 78 —, obwohl die Worte auf ihn zutreffen.

[24]) Und ebenso steht es mit § 1259 Nr. 2. Auch die dort bezeichneten Fälle können ebenso kraft Verlautbarungsirrthums vorkommen.

Digitized by Google

Damit sind wir in alle Wirrnisse der gemeinrechtlichen Theorie ohne Hoffnung auf Erlösung von Neuem verstrickt. Ist der Irrthum in der Identität niemals willenausschließender Irrthum? Ist er es wenigstens dann, wenn er in der Identifizirung der Objekte zweier getrennter sinnlicher Wahrnehmungen besteht? Oder ist er es immer? Und ist gar auch Irrthum über gewisse artbildende Eigenschaften ebenfalls ein Irrthum der in § 98 bezeichneten Art? Alle diese Fragen sind ja leider immer noch streitig, für alle Anschauungen würde also der Entwurf Raum gewähren.

Man konnte hoffen, aus den Motiven wenigstens klare Auskunft über deren Auffassung zu erhalten. Ihre Ausführungen (besonders I S. 199 fg.) werden aber dadurch getrübt, daß auch sie sich noch nicht aus dem Banne der alten Theorie befreit haben, den juristischen Unterschied zwischen dem Irrthum, der Nichtigkeit wirkt, und dem, der das Geschäft giltig bleiben oder höchstens anfechtbar sein läßt, zu identifiziren mit dem psychologischen Unterschied zwischen dem Irrthum, der den Willen ausschließt, und dem, der ihn nicht ausschließt.

Sie unterscheiden[23]) die Fälle des § 98 in solche, in denen „bei der Erklärung des Willens ein Irrthum unterläuft, welcher bewirkt, daß die Erklärung der bezweckten Willenskundgebung nicht gerecht wird (Irrthum in der Erklärungshandlung)", und in solche, in denen „die Erklärung den Willen zwar wiedergiebt, der Wille aber auf einer falschen Vorstellung beruht, welche die Willenswirklichkeit ausschließt (Irrthum über den Inhalt der Erklärung)".

Zu dem letzteren Fall rechnen sie auch den Identitätsirrthum[26]). Wenn sie in Bezug auf diesen sagen: „Die unter Umständen schwierige Frage, ob eine den Willen ausschließende Verwechselung hinsichtlich der Person oder des Gegenstandes vorliegt, entzieht sich der gesetzlichen Lösung", so soll das doch wohl nur bedeuten, der Begriff der Personenverwechselung (d. h. des Identitätsirrthums in Bezug auf Personen) sei gesetzlich nicht feststellbar, insbesondere nicht im Gegensatz gegen den bloßen Eigenschaftsirrthum. Was nun diesen betrifft, so sagen sie ganz bestimmt[27]): „Irrthum in den Gattungseigenschaften (sc. des Gegenstandes) ist ebenso wie Irrthum über Eigenschaften der gegenüberstehenden Person ein Irrthum in den Beweggründen, schließt mithin die Willenswirklichkeit nicht aus"[28]). Gut! Daraus würde also

[23]) I S. 196.

[26]) I S. 198–199, noch deutlicher IV S. 78 Abs. 2.

[27]) I S. 199. Ebenso IV S. 76.

[28]) Wenn sie dann gleich fortfahren: „Das Letztere gleichwohl zu bestimmen, fehlt es an genügenden Gründen", so ist das wohl nur ein Ausdrucks-

Digitized by Google

folgen, daß Irrthum in den Eigenschaften einer individuell bestimmten Person oder Sache niemals unter § 98 fallen könnte. Und doch heißt es dicht vorher, wo die Fälle besprochen werden, in denen der unter § 98 gehörige Irrthum im Zweifel als subjektiv wesentlich betrachtet werden soll, es sei Anstand genommen, auch den Irrthum über Eigenschaften für im Zweifel beachtlich zu erklären. Das setzt doch voraus, daß er unter Umständen ein nach § 98 beachtlicher, also ein willenausschließender sein kann, was der obigen Aeußerung direkt widerspricht.

Mögen nun aber auch die Motive den Identitätsirrthum unter die Thatbestandsangabe des § 98 subsumiren, mögen die Verfasser des Entwurfs den Entwurf selbst dahin verstanden haben, soviel scheint mir sicher: der Entwurf ist seiner Aufgabe an dieser Stelle nicht gerecht geworden. Da es sich bei der Frage nach der Bedeutung des Identitäts- und Eigenschaftsirrthums nicht bloß darum handelt, daß vereinzelte Juristen abweichender Meinung gegenüber einer herrschenden Lehre sind, sondern da diese abweichende Meinung gegenwärtig schon von einer breiten Strömung getragen wird, so durfte man vom Gesetzbuch fordern, daß es in § 98 eine Entscheidung für oder wider gab. Wer der wissenschaftlichen Meinung ist, die ich vertheidigt habe[29]), daß der Identitätsirrthum niemals die Willenswirklichkeit ausschließe, würde, selbst wenn er die Entscheidung für noch so unpraktisch hielte, gegenüber dem Entwurf gezwungen sein, sich für volle Giltigkeit solcher irrthümlichen Erklärungen zu entscheiden. Will der Entwurf wirklich den Identitätsirrthum in § 98 mitumfassen, so muß er eine Formulirung treffen, welche auch bei unserer psychologischen Auffassung ihn als mitgemeint erscheinen läßt.

2. Die gemeinsame Bezeichnung der vier Fälle. Weitere Fälle. Das Stichwort, welches der Entwurf bei der Formulirung der vorgedachten Fälle[30]) einheitlich anwendet, ist, wie gesagt, „Nichtübereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen". Dieses Stichwort ruft Zweifel hervor und bedarf jedenfalls der Erläuterung. Nur ein sprachlicher Einwand ist es, wenn wir sagen, daß in unseren Fällen nicht zwei Willen nebeneinander da sind, ein wirk-

---

fehler; sie können nicht meinen, der Gesetzgeber sei im Stande, eine bindende Festsetzung über die psychologische Natur und nicht bloß über die juristische Folge eines Irrthums zu geben.

[29]) Irrthum S. 435 ff.

[30]) Abgesehen vom Scheingeschäft, das eben nur mit seinem Namen bezeichnet ist.

Digitized by Google

licher und ein erklärter, sondern höchstens einer, der wirkliche. Läge ein erklärter Wille vor, dann wäre ja alles in Ordnung. Der Entwurf versteht unter erklärtem Willen etwas, was eben nicht Wille ist, sondern nur fälschlich als Wille erscheint[31]). Jedenfalls wird es sich mehr empfehlen, mit der älteren Literatur von Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung zu reden, wie auch der Entwurf selbst gerade in unserem Titel den erklärten Willen, dem der wirkliche Wille nicht entspricht, schlechthin Willenserklärung nennt[32]).

Fundamental aber ist die Frage, was denn sachlich „Nichtübereinstimmung von Willen und Erklärung" bedeutet.

a. Was versteht der Entwurf unter „erklärtem Willen"?

„Erklärter Wille" ist ihm nicht das, was der Hörende thatsächlich als gewollt versteht; denn er spricht auch da von Nichtübereinstimmung zwischen wirklichem und erklärtem Willen, wo der Gegner den wirklichen Willen richtig versteht, § 95 Satz 2, § 97 Abs. 4, § 99 Abs. 3. „Erklärter Wille" ist ihm auch nicht das, was der Hörende bei genügender Aufmerksamkeit als gewollt annehmen mußte; denn er spricht auch da von Nichtübereinstimmung zwischen wirklichem und erklärtem Willen, wo der Gegner bei genügender Aufmerksamkeit den wirklichen Willen richtig hätte verstehen müssen, § 97 Abs. 4, § 99 Abs. 3. Der Entwurf muß also jedenfalls unter „erklärtem Willen" etwas objektiv Meßbares, von den subjektiven Bedingungen des Empfängers Unabhängiges gedacht haben. Schwerlich hat er nun diesen Begriff zu Ende gedacht, er wäre sonst zu anderen Fragestellungen und wohl auch zu anderen Lösungen gekommen; damit hängt auch zusammen, daß seine Auffassung dessen, was als objektiver Sinn einer stillschweigenden Willenserklärung anzusehen sei, nicht klar hervortritt. Immerhin hat er aber doch wenigstens bei ausdrücklichen Erklärungen ganz richtig einen objektiven Maßstab verwendet, nach dem zu beurtheilen ist, was der „Sinn" der Willenserklärung sei und ob demnach eine Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung vorliege. Daß aber ebenso auch nach objektivem Maßstab beurtheilt werden könnte, ob die Willenserklärung ernstlich gemeint sei oder nicht, daran hat er nicht gedacht: er nimmt vielmehr eine Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung bei jeder nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung als vorhanden an, auch wenn durchaus kein Anschein, daß die Willenserklärung ernstlich gemeint sei, vorhanden ist, der Mangel der Ernstlichkeit vielmehr jedem Dritten unmittelbar klar sein mußte, wie das

[31]) Goldschmidt S. 49.

[32]) Denn er sagt in §§ 95, 97 Abs. 2, 98, 99 Abs. 1: die Willenserklärung sei giltig trotz Mangels des wirklichen Willens.

Digitized by Google

z. B. bei „theatralischen und didaktischen Darstellungen" der Fall ist. Die Motive bestätigen jene Auffassung ausdrücklich (I S. 194), und eine genaue Auslegung des § 97 führt ebenfalls mit Nothwendigkeit zu ihr[33]). Wir erblicken hierin eine unheilvolle Zerreißung des Erklärungsbegriffs, welche nothwendig zu Fehlern oder doch Unklarheiten führen muß, und sehen deshalb den Entwurf auch nach dieser Seite seiner Formulirungen hin als besserungsbedürftig an.

b. Der „wirkliche Wille" im Gegensatz zum erklärten Willen darf nicht bloß als Wille juristischen Inhalts sondern muß als ein Wille jedes möglichen Inhalts gedacht werden. Denn der Entwurf will ja nicht nur die Fälle regeln, in denen das Eine rechtlich gewollt, das Andere erklärt ist, sondern auch solche, in denen hinter der Erklärung überhaupt kein rechtlicher Wille steht: so in den Fällen des Scherzes, ferner in Fällen des Irrthums, wo der Erklärende nicht weiß, daß die Handlung als Willenserklärung rechtlichen Inhalts aufzufassen sei[34]). Aber selbst so verstanden bleibt der Ausdruck noch zu eng, denn er setzt voraus, daß überhaupt ein wirklicher Wille da ist. Nun lassen sich doch aber auch Fälle denken, in denen hinter der körperlichen Bewegung, welche als Zeichen eines bestimmten Absichtsinhalts erscheint, überhaupt kein Wille irgend etwas Juristisches oder Nichtjuristisches zu erklären steht: man denke an das in der

---

[33]) Denn § 97 setzt als Thatbestandsmoment: der Erklärende sei sich der Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung bewußt gewesen. Das kann nicht heißen: er wußte, daß nach objektivem Maßstab die Willenserklärung als ernstlich gemeint gelten müsse. Denn dann würde er sich ja auch bewußt gewesen sein müssen, Dritte täuschen zu können, und doch setzt § 97 als weiteres Thatbestandsmoment, daß der Erklärende nicht, d. h. Niemanden (i. oben S. 7) zu täuschen beabsichtigte, und setzt als möglich voraus, daß der Erklärende nicht in Schuld war — eben hierfür exemplifiziren die Motive auf theatralische Vorstellungen. „Bewußtsein von der Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung" kann also nur heißen: der Erklärende ist sich bewußt, daß die Willenserklärung nicht ernstlich gemeint ist, und solche Nichtübereinstimmung liegt vor, obwohl nach objectivem Maßstab gemessen die Willenserklärung gar nicht als ernstlich gemeinte erscheinen mag. — Daß diese Auslegung des § 97 richtig ist, ergiebt sich auch daraus, daß sonst eine empfindliche Lücke entstünde. Denn der Entwurf würde dann keine Entscheidung für den Fall haben, wo der Erklärende fälschlich annahm, nach objectivem Maßstab sei die Erklärung als Scherz aufzufassen, und nunmehr der Empfänger getäuscht wurde.

[34]) Fälle s. Irrthum S. 392, 394; ferner Fälle, wo der Erklärende eine Leistung verlangt, weil er sie als geschuldet ansieht, während der Gegner die Erklärung dahin auslegen muß, sie enthalte eine neue Vertragserklärung: so die Fälle bei Ihering, Civilrechtsfälle Nr. 76 (die Austern!) und bei Hartmann, civ. Arch. 72 S. 233.

Digitized by Google

Zerstreutheit rein mechanisch geschehene Unterschreiben eines Schriftstücks; ferner an die praktisch so bedeutsamen Fälle, daß in dem Verhalten einer Person eine stillschweigende Willenserklärung gefunden wird, während eine solche nicht beabsichtigt war. Auch hier kommen dieselben Probleme wie bei den vorigen Fällen in Betracht. Das Gemeinsame aller dieser Fälle ist eben nur, daß das, was als gewollt erscheint, nicht oder nicht so gewollt ist: von Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung aber kann man hier nicht mehr reden. Man wird überhaupt besser thun, diesen Begriff, der einen streitigen psychologischen Inhalt hat, überhaupt bei Seite zu lassen.[35])

Die Gründe, aus denen die Neufassung zu ihren Thatbestandsformulirungen gekommen ist, werden an anderer Stelle erörtert werden.

II. Die rechtliche Behandlung.

Der Entwurf geht davon aus, daß prinzipiell jede Willenserklärung, bei welcher der Wille mit der Erklärung nicht übereinstimmt, nichtig ist[36]). Eine Hilfe für den Gegner tritt überhaupt nur bei Schuld des Erklärenden ein; sie stuft sich hier nach der Schwere der Schuld ab (bald Giltigkeit der Erklärung, bald Nichtigkeit, aber Schadenserfatzpflicht), sie wird beeinflußt durch eigene Fahrlässigkeit

---

[35]) Demnach würde auch § 194 Abs. 2 zu ändern sein. Es könnte hier statt „wenn geltend gemacht wird der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betrugs" einfach heißen: „wenn Willensmängel geltend gemacht werden." Dies ist ja doch der umfassende technische Ausdruck, den die Rubrik zu den §§ 95—104 verwendet. Indeß diese Worte sind überhaupt zu streichen. Nach der sonstigen Terminologie des Entwurfs ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft durchaus „wirksam" und wird erst durch die Anfechtung rückwärts nichtig. Demnach paßt der Fall der Anfechtbarkeit überhaupt nicht unter das, was § 194 Abs. 1 allgemein sagt: „Wer die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint . . .". Wer anfechten will, beruft sich auf ein Recht zur Anfechtung, und dies Recht muß er beweisen, auch wenn das Recht kein „Anspruch" im Sinne des Entwurfs ist; zu eng spricht § 193 bloß von „Ansprüchen". — Am besten bleiben wohl die unvollkommenen Bestimmungen über den Beweis ganz und gar fort; s. Gierke, Entwurf S. 182 N. 1, dort auch Literatur.

[36]) Ist eine abstrakte (von ihrem Rechtsgrund unabhängige) Leistung aus einem zweckfetzenden Geschäfte erfolgt, so ist zuzusehen, ob der Willensmangel bei dem zweckfetzenden Geschäft oder bei dem Leistungsgeschäft oder bei beiden unterlief: die Nichtigkeit des einen zieht die des anderen natürlich nicht nach sich. Daß die abstrakte Leistung aus einem wegen Willensmangels nichtigen Geschäft an sich giltig und nur kondizirbar ist, ergiebt sich aus § 104d* und § 737*.

Digitized by Google

(„Kennenmüssen") oder Kennen des Gegners. Diese Sätze sind indeß nicht vollständig durchgeführt, sie erleiden Ausnahmen.

I. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit.

Die prinzipiell eintretende Nichtigkeit[37]) soll eine absolute, d. h. beiden Parteien gegenüber gleichmäßig bedeutungsvolle, endgiltig entschiedene und unheilbare sein. Selbst wenn man nun für die Giltigkeit der Willenserklärung prinzipiell Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung verlangt, so ist damit der obige Satz doch noch nicht nothwendig gegeben. Für den Fall, daß der Gegner den Willensmangel nicht kennt, kann man die wegen des Willensmangels eintretende Nichtigkeit auch nur als relative, d. h. vom Willen des Erklärenden abhängige Nichtigkeit — in der Sprache des Entwurfs (§ 112) Anfechtbarkeit genannt — gestalten[38]). Denn die Nichtigkeit bei mangelndem Willen soll ja lediglich das Interesse des Erklärenden schützen: auf dem Gebiet der freien Parteibethätigung soll der rechtsgeschäftliche Erfolg nicht ohne seinen Willen eintreten. Ueber dieses Interesse darf man nun ihn selbst entscheiden lassen, es kann ihm gestattet werden, den fehlenden Willen nachzuholen. Dem getäuschten Gegner würde damit kein Unrecht geschehen. Denn da die Nichtigkeit nicht aus Rücksicht für *ihn* eintreten würde, hat er auch kein Recht, ihr Eintreten zu verlangen. Er war ja von vornherein darauf gefaßt, daß die Erklärung in dem von ihm verstandenen Sinne gelten würde; beim Vertrag hat er selbst eingewilligt, beim einseitigen Rechtsgeschäft hätte der Erklärende jedenfalls die Möglichkeit gehabt, solche Wirkung, wie sie der Gegner als gewollt verstanden hat, herbeizuführen. Die Festsetzung bloßer Anfechtbarkeit ist also ohne Verletzung des Prinzips und ohne Ungerechtigkeit gegen den Empfänger wenigstens *möglich*. Ob sie der Festsetzung voller Nichtigkeit *vorzuziehen* ist, darüber entscheiden lediglich praktische Gründe.

Der Entwurf kommt mit seiner absoluten Nichtigkeit in ein eigenthümliches Dilemma. Im Fall der Arglist oder groben Fahrlässigkeit läßt er die Willenserklärung eine entschieden und seitens beider Parteien unangreifbar giltige sein. Vielleicht denkt er dabei nur an die Fälle, in denen die Giltigkeit des Geschäfts im Interesse des Empfängers liegt, nicht aber an die, wo sie den Empfänger lediglich belasten würde, wo sie also nur im Interesse des Erklärenden liegt.

---

[37]) § 95 Satz 1, § 96 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 98 i. A.

[38]) Dafür Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 685 fg. S. auch Mitteis in Iherings Jahrb. 28 S. 121 ff.

Digitized by Google

Der Wortlaut des Entwurfs verlangt indeß[39]), daß die Erklärung auch zu Gunsten des dolosen oder fahrlässigen Urhebers gegen den Empfänger gelten bleibt." Z. B. A erklärt dem B, er kündige ihm das Darlehen zum 1. März — der B merkt schuldlos nicht, daß A dies nicht ernstlich meint. A kann sich nach dem Entwurf auf diesen Irrthum des B, den er, wie angenommen sein mag, mit grober Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, berufen. Hier nimmt also der Entwurf keine Rücksicht auf die Interessen des Gegners. Läge hingegen bloß leichte Fahrlässigkeit oder gar Schuldlosigkeit des Erklärenden vor, so bliebe das Rechtsgeschäft nichtig. Also: ist der Erklärende in schwerer Schuld, so hat er den Vortheil der Giltigkeit des Geschäfts, ist er in bloß leichter Schuld, so hat er den Nachtheil der Nichtigkeit. Dies Resultat widerspricht der Gerechtigkeit. Zu helfen wäre dadurch, daß man auch bei Arglist oder grober Fahrlässigkeit des Erklärenden dem getäuschten Gegner die Entscheidung, ob die Erklärung giltig sein solle oder nicht, in die Hand gäbe, wie er es bei der leichten Fahrlässigkeit in der Hand hat, Schadensersatz zu fordern oder nicht. Aber die dadurch geschaffene Rechtslage wäre zu komplizirt, als daß eine solche Vorschrift gesetzgeberisch empfehlenswerth wäre.

Wir meinen also: nimmt der Entwurf bei schwerer Schuld des Erklärenden keine Rücksicht auf die Interessen des Gegners, so braucht er es auch bei leichter Schuld oder gar Schuldlosigkeit des Erklärenden nicht zu thun. Vom eigenen Standpunkt des Entwurfs aus empfiehlt es sich daher, die Erklärung zunächst giltig sein zu lassen. Ficht der Erklärende sie dann an, was er nur bei leichter Fahrlässigkeit oder Schuldlosigkeit kann, so hat er, sofern er in leichter Fahrlässigkeit war, dem Empfänger den Schaden zu ersetzen. Diese Regelung würde dazu dienen, die Zahl der Streitigkeiten zu vermindern, und käme insofern auch dem Gegner selbst zu Gute, als das Anfechtungsrecht überall in kürzerer Frist geltend gemacht werden muß, der Empfänger also rascher Sicherheit über den Bestand des Geschäfts erhalten würde.

2. Die Haftung des Erklärenden wegen Schuld.

Der Entwurf steht auf dem Boden der Verschuldungstheorie: Haftung nur bei Schuld des Erklärenden. Ob dieser prinzipielle

[39]) Denn es heißt schlechthin, die Erklärung sei giltig, §§ 95, 97, 99. Die „grobe Fahrlässigkeit", von der §§ 97 und 99 sprechen, bezieht sich bloß darauf, daß Erklärung und Wille differiren, besagt aber nichts darüber, ob bei dem Empfänger der Erklärung dadurch, daß er getäuscht ist, ein Schaden verursacht ist oder nicht.

Digitized by Google

Standpunkt zu billigen ist, untersuchen wir hier nicht. Desto wichtiger ist es, zu sehen, wie dieser Satz im Einzelnen durchgebildet ist. Darauf richtet sich unsere Kritik.

Dreierlei ist hier zu prüfen: einmal die Abstufung der Hilfe für den Gegner je nach der Schwere der Schuld des Erklärenden, sodann der Einfluß von Kennen oder Kennenmüssen des Gegners, drittens die Rückwirkung dieser Anordnungen auf die Rechtsstellung dritter Personen. Bei der Erörterung sind die empfangsbedürftigen und die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen[40]) getrennt zu halten.

a. Empfangsbedürftige Willenserklärungen.

α. Die Abstufung nach der Schwere der Schuld.

Bei Arglist[41]) oder grober Fahrlässigkeit des Erklärenden ist die Erklärung giltig, § 97 Abs. 2, § 99 Abs. 1; bei leichter Fahrlässigkeit ist sie zwar nichtig, aber der Erklärende ist zum Schadensersatz verpflichtet, § 97 Abs. 3, § 99 Abs. 2. Und zwar interpretiren wir hier den Entwurf, obwohl er das nicht sagt, so, daß das Dasein von Arglist oder Fahrlässigkeit und die Schwere der Fahrlässigkeit mit Rücksicht auf das Verhältniß des Erklärenden zu diesem bestimmten Empfänger beurtheilt wird (vgl. unten S. 24 fg.).

Die Giltigkeit bei Arglist ist anerkannten Rechtens, sie rechtfertigt sich aus anderen, hier nicht zu besprechenden Gründen; die Giltigkeit aber bei grober Fahrlässigkeit ist sowol sachlich unzweckmäßig — auch hierauf gehen wir an dieser Stelle nicht näher ein — als auch von dem Standpunkt, den der Entwurf einmal eingenommen hat, jedenfalls unbegründbar. Sein Standpunkt ist der deliktischer Haftung: wir empfinden aber — abgesehen von der Strafe, um die es sich hier nicht handelt — keine andere Folge des Delikts als gerecht außer der des Schadensersatzes. Das objektive Recht verfolgt beim Delikt eben nur den Zweck, die Verletzung der Interessen des Beschädigten wieder aufzuheben bezw. gutzumachen; es wird also über ein solches Wiedergutmachen auch in unserem Falle nicht hinausgehen dürfen.

Der Schade, den der Gegner ersetzt verlangen kann, ist das sogenannte negative, nicht das positive Interesse. Ob das in § 97 Abs. 3 und § 99 Abs. 2 klar genug hervortritt, kann wohl bezweifelt werden[42]). Der zu ersetzende Schade ist nur Vermögensschade; denn

[40]) Im Sinne des Entwurfs § 74, s. oben S. 5 N. 10.

[41]) So bezeichnen wir kurz den Fall, daß der Erklärende die Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung verhehlt.

[42]) S. in der Neufassung § 103b* Abs. 1 „den dadurch erlittenen Schaden".

Digitized by Google

§ 221 bestimmt allgemein, daß „wegen eines anderen als eines Vermögensschadens[43]) eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden kann". Diese Bestimmung erscheint uns weder in dieser Allgemeinheit noch in unserem besonderen Fall angemessen[44]).

Für den Schadensersatz ist ein Maximum gesetzt. § 97 Abs. 3 (§ 98 Abs. 2) sagt, die Haftung solle nicht „über den Betrag hinaus" gehen, welchen der Erklärende „bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte". Diese Bestimmung ist, vom Standpunkt des Entwurfs aus, sachlich durchaus gerechtfertigt: leichte Fahrlässigkeit kann nicht schwerer haftbar machen als grobe. Aber die Formulirung bedarf der Aenderung. Denn der Entwurf berücksichtigt lediglich den Fall, daß der Erklärende eine Verpflichtungserklärung abgegeben hat[45]): das negative Interesse soll hier das Erfüllungsinteresse nicht überschreiten. Um diesen Fall handelt es sich aber durchaus nicht allein. Man denke nur an Willenserklärungen, durch die Eigenthum übertragen, auf eine Servitut verzichtet, eine Forderung erlassen, eine Kündigung bewirkt werden soll. Vielfach wird man ja freilich in solchen Fällen, wo ohne vorhergehende causa eine Vermögensänderung sofort bewirkt werden und sich zugleich in ihrer Bewirkung die causa verwirklichen soll, eine Verpflichtung konstruiren können, die Vermögensänderung, wenn ihr Versuch das erste Mal mißlungen ist, nachher eintreten zu lassen. Immerhin ist der Wortlaut des Entwurfs auch für diese Fälle zu eng: er denkt die Willenserklärung als eine solche, welche nicht selbst eine Vermögensänderung bewirken sondern nur eine Verpflichtung zur Bewirkung einer zeitlich nachfolgenden Vermögensänderung begründen will. Demnach ist hier unbedingt eine andere Fassung von Nöthen.

Auch nach einer zweiten Richtung erscheint uns die Vorschrift des Entwurfs als zu eng. Er giebt ein Maximum des „Betrags" des Schadens an. Von „Betrag" wird man aber nur dann reden können, wenn der Schadensersatz in Geld geleistet wird. Demnach wäre es nach dem Entwurf dem Urheber der Erklärung verwehrt, den Gegner dadurch zu befriedigen, daß er die Willenserklärung als

---

[43]) Dafür darf man wohl kurz sagen; „wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens". Ebenso in § 728.

[44]) S. § 103b* Abs. 2. Sollte § 221 des Entwurfs bei der zweiten Lesung gestrichen werden, so würde damit auch die entsprechende Klausel der Neufassung in Fortfall kommen können.

[45]) Vgl. Theil I S. 72.

Digitized by Google

giltig behandelt, insbesondere also bei Obligationsbegründung die Obligation selbst erfüllt. Auch der § 219 verhilft nicht zu diesem Resultat. Er enthält die Bestimmung, der Schuldner habe „den Schadensersatz dadurch zu leisten, daß er denjenigen Zustand herstellt, welcher vorhanden sein würde, wenn der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre", und daß Entschädigung durch Geldzahlung erst subsidiär eintritt. Wäre nun der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten, so wäre nicht etwa die des Willens ermangelnde Erklärung giltig sondern es wäre kein Vertrauen auf die Giltigkeit erregt. Dieser Zustand aber läßt sich in unserem Fall nicht wiederherstellen. Demnach könnte der Schadensersatz nur in Geld geleistet werden. Ist es aber gerecht, daß niemals mehr als das positive Interesse ersetzt zu werden braucht, so ist es nothwendig ebenso gerecht, daß die Leistung dieses positiven Interesse auch durch Geltenlassen der Willenserklärung geschehen darf. Wir müssen also auch in dieser Hinsicht die Bestimmung des Entwurfs anders formuliren.

β. Der Einfluß von Kennen oder Kennenmüssen des Empfängers.

Der Entwurf (§ 95 Satz 2, § 97 Abs. 3, § 99 Abs. 2) schließt jede Haftung des Erklärenden aus, wenn der Empfänger den Willensmangel des Erklärenden kannte, und — sofern nicht Arglist des Erklärenden vorlag — auch dann, wenn er ihn hätte kennen müssen, er läßt dann also die Erklärung ohne Rücksicht auf die Schuld des Erklärenden nichtig sein. Dies ist folgerichtig. Kennt der Empfänger den Willensmangel, so wird auch kein schädigendes Vertrauen in ihm erregt, und nur um diese Schädigung wieder gut zu machen läßt ja der Entwurf Giltigkeit der Erklärung oder Schadensersatzpflicht eintreten. Ebenso entspricht die Rücksichtnahme auf die eigene Fahrlässigkeit des Getäuschten dem Schuldprinzip: sie ist die Anwendung des in § 222 allgemein aufgestellten Satzes[46]), dem zufolge das Gericht bei Schadensfragen zu würdigen hat, ob und inwiefern das Verschulden des Beschädigers oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat. Nur hat der Entwurf für unsere Fälle diesen Satz des § 222 näher spezialisirt und das Ermessen des Richters gebunden. Dem Dolus gegenüber soll nie auf Fahrlässigkeit des Beschädigten Rücksicht genommen werden (§ 95). Das weicht zwar von der Regel des § 222 ab, welcher auch dem Dolus gegenüber Kompensation der

[46]) Daß die Irrthumssätze der Neufassung eine Erweiterung des § 222 nothwendig machen (s. unten zu § 222), kommt hier bei der Besprechung des Entwurfs noch nicht in Betracht.

Digitized by Google

Schuld gestattet[47]), erscheint uns aber doch gerecht[48]); ja wir meinen sogar, dieser Satz verdiene, freilich aus Gründen, die auf anderem Gebiete liegen, Erweiterung dahin, daß der Arglist des Erklärenden gegenüber sogar die Kenntniß des Gegners von der Täuschungsabsicht gleichgiltig sei: § 95 Satz 2 wäre zu streichen[49]). Wir halten es ferner für gerecht, daß, wie der Entwurf bestimmt, umgekehrt eine Fahrlässigkeit des Erklärenden nicht in Betracht kommen soll, wenn der Beschädigte selbst in gleicher oder überwiegender Fahrlässigkeit war, also wenn er bei grober Fahrlässigkeit des Erklärenden selbst in grober, wenn er bei leichter Fahrlässigkeit des Ersteren selbst in grober oder auch nur leichter Fahrlässigkeit war. Nicht dem abwägenden Gerechtigkeitsprinzip des § 222[50]) aber entspricht es, daß sogar grobe Fahrlässigkeit des Erklärenden folgenlos bleibt, wenn der Beschädigte selbst auch nur in leichter Fahrlässigkeit war. Schadensersatzpflicht des Erklärenden gemäß der Regel des § 222 wäre hier gerecht; der Entwurf ist zu seiner Entscheidung wohl nur gekommen, weil er sich durch die selbstgeschaffene Alternative „grobe Fahrlässigkeit — Giltigkeit, leichte Fahrlässigkeit — Schadensersatz" gehindert sah, unter Umständen auch wegen grober Fahrlässigkeit bloß Schadensersatz eintreten zu lassen.

Vom Standpunkt des Entwurfs aus entsteht hier noch eine schwierige Frage. Wenn der Erklärende in grober Fahrlässigkeit ist, so entscheidet das Kennen oder Kennenmüssen des Empfängers darüber, ob die Erklärung unanfechtbar giltig oder sofort nichtig sein soll. Demnach wird die Frage wichtig, in welchem Augenblick das Kennen oder Kennenmüssen des Gegners vorliegen muß, um diesen Einfluß üben zu können. Man nehme folgenden Fall. A empfängt durch einen Boten eine Willenserklärung des X. An der Richtigkeit der Bestellung zu zweifeln liegt nicht der mindeste Grund vor, A zweifelt auch nicht, aber er ist ein Pedant und erkundigt sich trotzdem noch einmal bei dem Absender. Dieser stellt die vom Boten falsch überbrachte Erklärung richtig: sie lautet nunmehr ungünstiger für den Empfänger. Zugleich ergiebt sich, daß der Absender den Boten in

---

[47]) Vgl. Motive II S. 24 vor Abs. 1.

[48]) Für das röm. Recht vgl. Jhering, Lucca-Pistoja-Aktienstreit § 17 (Vermischte Schr. S. 294 ff.), und Schuldmoment Note 104 (Vermischte Schr. S. 213).

[49]) Ebenso Hölder S. 94, Hellmann S. 498.

[50]) Vgl. l. 10 pr. D. 16, 2, wo zur Kompensation par neglegentia der beiden socii gefordert ist. Ob hier freilich ein wahrer Fall der Culpakompensation vorliegt, ist zweifelhaft; dafür Regelsberger im civ. Arch. 63 S. 202.

Digitized by Google

grober Fahrlässigkeit schlecht instruirt hatte: ist nun die erst überbrachte Willenserklärung giltig oder nichtig? Man wird das Letztere annehmen dürfen; der Empfänger mag eine kurze Zeit lang getäuscht gewesen sein, aber die Entgegennahme der Erklärung war, da er sich noch einmal erkundigte, kein abgeschlossener fertiger Akt, die Korrektur erfolgt daher noch frühzeitig genug. Man nehme im Vergleich hierzu folgenden anderen Fall: X scherzt gegenüber dem A, A hält die Erklärung für Ernst. Angenommen X sei in grober Schuld, A schuldlos. Eine Stunde darauf trifft ein Dritter, welcher bei der Erklärung zugegen war, den A und sagt ihm, er wisse genau, X habe nur gescherzt. Meines Erachtens ist die Erklärung giltig, ebenso wie sie giltig wäre, wenn X selbst nach abgegebener Erklärung nachträglich bloß gescherzt zu haben behauptete.

Es kommt also darauf an, ob die Erklärung und ihre Entgegennahme schon als ein vollkommen fertiges abgeschlossenes Ereigniß vorliegt. Näheres läßt sich hier nicht bestimmen, man muß sich damit begnügen, auf das apud iudicem examinabitur zu verweisen, gerade wie auch bei der Frage, wie lange eine unter Gegenwärtigen abgegebene Erklärung noch verändert oder ganz widerrufen werden kann.

γ. Rechtsstellung dritter Personen.

Zu betrachten ist noch die Rechtsstellung dritter Personen. Wir verstehen hierbei unter Dritten diejenigen, welche nicht Empfänger im technischen Sinne sind. Auch ein Dritter kann an der Giltigkeit der Erklärung sachlich auf das Stärkste interessirt sein, er kann durch sein Vertrauen auf die Giltigkeit der Erklärung bei Nichtigkeit derselben Schaden leiden: man denke nur an Personen, welche auf Grund des ersten Rechtsgeschäfts mit dem Empfänger in weitere rechtsgeschäftliche Beziehung getreten sind. Der Entwurf entscheidet nun: auf den Dritten wird rechtlich überhaupt keine Rücksicht genommen, nur auf den Empfänger der Erklärung kommt es an. Demnach ist es gleichgiltig, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht, und ob ihm gegenüber, was sehr wohl der Fall sein kann, Arglist oder Fahrlässigkeit des Erklärenden vorlag oder nicht; ob er Hilfe erhält oder Schaden erleidet, das ist lediglich eine Reflexwirkung durch die Person des Empfängers hindurch. Im Einzelnen ergeben sich hier folgende Entscheidungen.

1) Der Schutz, der dem Empfänger zu Theil wird, kommt dem Dritten zu Gute, mag dieser selbst auch den Willensmangel des Erklärenden gekannt haben oder, bei bloßer Fahrlässigkeit des Erklärenden, doch haben kennen müssen. Dies ist zwar, wenn der Erklä-

Digitized by Google

reude nur in leichter Fahrlässigkeit war, nicht der Fall, hier bleibt ja die Erklärung ungiltig, und es tritt lediglich eine Schadenserſatzpflicht zu Gunsten des Empfängers, nicht auch des Dritten ein. Anders aber, wenn der Erklärende in Arglist oder grober Fahrlässigkeit gegenüber dem Empfänger war: die Erklärung ist hier giltig, und auf diese Giltigkeit kann sich auch der berufen, der die Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung kannte (vielleicht sogar durch eigene nebenhergehende Mittheilung des Erklärenden kannte) bezw. kennen mußte. Hat also X im Scherz seine Sache an A geschenkt, der schuldlos den Scherz für Ernst hielt, während X in grober Fahrlässigkeit war, und A schenkt an den mitanwesenden Y, der den Scherz wohl erkannte, die Sache weiter, so kann Y die Sache behalten.

2) Umgekehrt: wenn der Empfänger der Erklärung den Willensmangel des Erklärenden kennt oder, bei bloßer Fahrlässigkeit des Erklärenden, doch kennen sollte, der Dritte ihn schuldlos nicht kennt, so ist der Dritte schutzlos. Das Rechtsgeschäft ist jetzt nichtig auch gegenüber dem schuldlos getäuschten Dritten, wennschon der Erklärende ihm gegenüber in Arglist oder grober Fahrlässigkeit war, und eine Schadenserſatzpflicht tritt nicht ein. Dem Dritten wird nur von anderer Seite her soweit geholfen, wie die Vorschriften des Entwurfs zum Schutz gutgläubigen Erwerbs u. s. w.[51]) reichen, oder soweit ihm gegenüber ein Delikt vorliegt. Jene Bestimmung ist für den Fall des Scheingeschäfts in § 96 Abs. 1 ausdrücklich bestätigt: obwohl sich die Täuschungsabsicht beider Parteien hier vielleicht unmittelbar gegen den Dritten richtet, bleibt dieser doch, soweit nicht jene Sonderbestimmungen helfen, schutzlos. Diese Entscheidung erscheint uns ungerecht und unzweckmäßig.

b. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Ganz abweichend ist die Behandlung, welche der Entwurf den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu Theil werden läßt.

a. Die Schuld des Erklärenden.

Auf Seiten des Erklärenden werden nur zwei Fälle unterschieden. 1) Arglist oder grobe Fahrlässigkeit des Erklärenden: dann Giltigkeit der Erklärung gegenüber Jedem. 2) Leichte oder keine Fahrlässigkeit: dann Nichtigkeit der Erklärung ohne Schadenserſatzpflicht für irgendwen. Und zwar nimmt der Entwurf die Begriffe „Arglist", „Fahrlässigkeit" hier in einem sozusagen absoluten Sinne, nicht mit Rücksicht auf das Verhältniß zu einem bestimmten Dritten. Daß aber die Arglist gegenüber dem einen Dritten vorhanden sein, gegenüber dem anderen Dritten

[51]) Motive I S. 193. Vergl. die parallelen Ausführungen I S. 219.

Digitized by Google

fehlen kann, bedarf keines Beweises. Und ebenso steht es mit der Fahrlässigkeit. Ob es überhaupt jemals möglich ist, eine Willenserklärung an sich und ohne Rücksicht auf einen bestimmten mißverstehenden Anderen als fahrlässig zu bezeichnen, kann hier dahingestellt bleiben, denn jedenfalls giebt es Fälle, in denen das nicht möglich ist. Wer in einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung seinem eigenen individuellen Sprachgebrauch folgt, kann dem einen Betheiligten gegenüber in Fahrlässigkeit sein, dem anderen nicht, dem einen gegenüber in grober, dem anderen gegenüber in leichter Fahrlässigkeit; er durfte z. B. annehmen, daß dieser bestimmte Dritte den individuellen Sprachgebrauch bereits kenne u. s. w. Wenn der Entwurf trotzdem bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ganz allgemein auch den mehreren Dritten gegenüber eine einheitliche Feststellung, ob grobe, ob leichte, ob keine Fahrlässigkeit vorhanden sei, verlangt (§ 97 Abs. 2, § 99 Abs. 1), so ist das eine Aufgabe, die so und so oft unlösbar ist. Wir glauben, daß der Begriff der Fahrlässigkeit dabei verkannt worden ist.

β. Kennen oder Kennenmüssen des Dritten.

Mit dieser Verkennung hängt denn auch die weitere auffallende Bestimmung zusammen, daß der gute oder böse Glaube des Dritten, sein Kennen oder Kennenmüssen des Willensmangels auf die Haftungsfrage ganz ohne Einfluß ist. Der Entwurf läßt vielmehr seine Sonne über Gerechte und Ungerechte gleicher Weise scheinen. Demnach ergeben sich folgende Entscheidungen:

1) Ist der Erklärende in Arglist oder grober Fahrlässigkeit, so ist die Willenserklärung giltig, und zwar auch dem gegenüber, der den Mangel des anscheinend vorhandenen Willens, vielleicht durch geheime nebenhergehende Mittheilung des Erklärenden selbst[52]), kennt oder doch (im Fall der §§ 97 und 98) nur aus Fahrlässigkeit nicht kennt. Wenn Jemand z. B. unter Mitwissenschaft des B ein Inhaberpapier ausstellt, um den X zu täuschen, so ist die Obligation giltig, und B selbst kann aus ihr fordern. Man denke ferner an eine Auslobung, die, wie B wußte, nur scherzhaft gemeint war. Oder an eine Erklärung, das Eigenthum an einer Sache aufgeben zu wollen (§§ 877, 904), die, wie B wußte, nicht ernstlich gemeint war, von Dritten aber als ernstliche aufgefaßt werden mußte: B selbst will nun durch Zueignung Eigenthum erworben haben.

---

[52]) Wir nahmen ja an, oben S. 9 fg., daß die Bestimmung des § 96, wonach Scheingeschäfte nichtig sind, auf nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte im Allgemeinen keine Anwendung finden wolle.

Digitized by Google

2) Umgekehrt: ist der Erklärende nur in leichter Fahrlässigkeit, so ist die Erklärung schlechthin nichtig, keine Schadensersatzpflicht irgend einer Art tritt ein, auch nicht zu Gunsten dessen, der sich schuldlos auf die Giltigkeit der Erklärung verläßt. Man denke wiederum als Beispiel den Fall, daß Jemand in leichter Fahrlässigkeit scherzweise oder lehrweise ein Inhaberpapier ausstellt, welches in die Hände eines gutgläubigen Dritten geräth[33]), oder daß er bei einer Auslobung mit leichter Fahrlässigkeit einen Irrthum begeht: in beiden Fällen erhält der völlig schuldlos Getäuschte trotz der Fahrlässigkeit des Erklärenden keinerlei Ersatz.

Die dargestellten Entscheidungen, welche, wie man sieht, sachlich von denen bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen stark abweichen, stehen doch, gerade durch diese Abweichung, scheinbar in voller logischer Harmonie mit ihnen. Diese Harmonie ist aber nur eine dialektische.

Bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen giebt es nämlich keinen Empfänger im technischen Sinne; jeder sachlich Betheiligte ist also insofern ein „Dritter". Der Entwurf behandelt nun diesen „Dritten" bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen genau so, wie er den Dritten bei empfangsbedürftigen behandelt. So erklärt sich, daß der Urheber einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung trotz leichter Fahrlässigkeit haftfrei ausgeht: der Urheber einer empfangsbedürftigen Willenserklärung haftet zwar wegen leichter Fahrlässigkeit dem Empfänger auf Schadensersatz, da aber bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein Empfänger nicht da ist, fällt hier die Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit fort. So erklärt sich ferner, daß der in Arglist oder grober Fahrlässigkeit Erklärende bei einer nicht empfangsbedürftigen Erklärung haftet, selbst wenn der sachlich betheiligte Dritte den Willensmangel kannte oder kennen mußte: bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung schließt Kennen oder Kennenmüssen Seitens des Betheiligten (des Empfängers) freilich die Haftung des Erklärenden aus, da aber bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein Empfänger nicht da ist, kann die Haftung auch nicht ausgeschlossen werden.

---

[33]) Auch das Inhaberpapier ist an sich nichtig, wenn es ohne Verpflichtungswillen ausgestellt ist oder wenigstens ohne den Willen, es demnächst als wirkliches Inhaberpapier zu verwenden (diese Klausel ist wegen § 686 nöthig). Es steht im Entwurf unter der Rubrik der „Rechtsgeschäfte unter Lebenden" (II. Buch, 2. Abschnitt), deshalb haben, soweit nicht die eigenthümliche Vorschrift des § 686 eingreift, die gewöhnlichen Rechtsgeschäftsregeln Anwendung zu finden. Ebenso auch die Motive II S. 699.

Digitized by Google

Mir ist zweifellos, daß dies nur Trugschlüsse sind. Das sachliche Verhältniß zwischen dem Erklärenden und dem Dritten ist eben bei den empfangsbedürftigen und den nicht empfangsbedürftigen Erklärungen ein sehr verschiedenes. Vor Allem kann sich ja der Dritte bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung fast immer an den Empfänger halten, der zwischen ihm und dem Erklärenden steht; hingegen der Dritte, auf dessen Rechtslage die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung unmittelbar einwirkt, hat Niemanden zwischen sich und dem Erklärenden, an den er sich halten könnte.

Die besprochenen Entscheidungen können auch für sich genommen inhaltlich nicht befriedigen. Häufig hat der schuldlos gutgläubige Dritte den Schutz nicht, den er verdient; häufig hat der bösgläubige oder fahrlässig gutgläubige Dritte einen Schutz, den er nicht verdient. Der Entwurf ist hier also inhaltlich zu ändern.

3. Die sogenannte Wesentlichkeit des Irrthums.

Für den Fall des Irrthums stellt § 98 noch eine weitere Regel auf, welche die bisherigen Ergebnisse modifizirt. Während sonst jede Willenserklärung wegen Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung nichtig ist, soll doch im Fall des Irrthums der Willensmangel die Erklärung nur dann nichtig machen, „wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig", und zwar selbst dann, wenn der Erklärende völlig schuldlos war: der Entwurf durchbricht hier das sonst so streng von ihm festgehaltene Verschuldungsprinzip.

Diese Formulirung ist unter allen Umständen mißlungen. Sie drückt nicht das aus, was sie soll. Daß die Entgegensetzung von Irrthum und Kenntniß der Sachlage auf die Fälle der Irrung überhaupt nicht paßt, sahen wir schon oben S. 11. Aber auch für die Fälle des Verlautbarungsirrthums ist die Formulirung des § 98 nicht angemessen. Denn die Annahme, „daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde", ist immer nothwendig. Hätte der Erklärende gewußt, daß seine Erklärung das von ihm Gemeinte nicht richtig wiederspiegele, so würde er jedenfalls nicht die gleiche, sondern eine den Willen richtig ausdrückende Erklärung abgegeben haben, mag ihm der von dem Irrthum betroffene Erklärungstheil auch noch so gleichgiltig gewesen sein. Hierüber kann ein Zweifel füglich nicht obwalten. Nehmen wir die Formulirung des Entwurfs also beim Wort, so wäre schlechthin jeder willenausschließende Irrthum rechtserheblich. Dies kann der Entwurf

Digitized by Google

nicht gemeint haben, seine Formulirung muß also etwas Anderes bedeuten. Ich glaube, die folgende Bestimmung trifft den Gedanken, den § 98 hat ausdrücken sollen[54]).

Nach § 98 ist der Irrthum rechtserheblich, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende „die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde". Hierzu gehört ein bedingender Nebensatz. Dieser darf aber nicht lauten, wie er nach § 98 lauten würde: „wenn er die Sachlage gekannt hätte", sondern so: wenn er im Augenblick der Erklärung vor die Wahl gestellt worden wäre, ob er die Willenserklärung in dem Sinne, wie sie thatsächlich gelautet hat, abgeben oder überhaupt die Willenserklärung (sowohl die richtige, wie die fehlerhafte) ganz unterlassen wolle. Hätte er hingegen gewählt: lieber die fehlerhafte Erklärung als überhaupt nichts, so soll die Erklärung ihrem Erklärungssinne nach giltig sein.

Der Entwurf stellt sich demnach in dem wichtigen Streit über die Wesentlichkeit[55]) des Irrthums auf einen rein subjektiven Standpunkt. Ob die Entscheidung, die er trifft, zweckmäßig ist, soll hier nicht erörtert werden; wir stellen nur noch einmal fest, daß dieser Satz eine Durchbrechung der prinzipiellen Grundlagen der Rechtsgeschäftsordnung, wie sie im Entwurf erscheint, enthält. Er enthält eine solche einmal, weil er auf Seiten des Erklärenden weder Wille noch Schuld erfordert; er enthält sie aber ferner auch, weil er auf das Kennen oder Kennenmüssen des Gegners gar keine Rücksicht nimmt. Die Erklärung soll bei (im Sinne des § 98) unwesentlichem Irrthum schlechthin so wie sie lautet giltig sein, also selbst dann, wenn der Gegner den Erklärenden trotz des Irrthums richtig verstanden hat. Z. B. A offerirt und verspricht oder verschreibt sich bei Festsetzung des Erfüllungsorts. Dem Richter steht außer Zweifel, daß der A den Vertrag lieber mit dem genannten Erfüllungsort als überhaupt nicht geschlossen hätte, so unbequem ihm dieser Erfüllungsort auch ist. B merkte, daß A sich versprochen habe; trotzdem soll nun der Vertrag auf den genannten Erfüllungsort gelten! Dies erscheint uns ungerecht.

Satz 2 des § 98 stellt Präsumptionen für die Wesentlichkeit des Irrthums je nach dem Inhalt des von dem Irrthum betroffenen Erklärungstheils auf. Diese Präsumptionen halten wir für thatsächlich

---

[54]) Ich schließe das daraus, daß eine ähnliche Wendung in den §§ 100, 114 und 1787 ohne Zweifel in dem Sinne aufgefaßt werden muß, den wir für § 98 in Anspruch nehmen.

[55]) Der Entwurf verwendet dieses Wort freilich nicht.

Digitized by Google

unrichtig und auch vom Standpunkte des Entwurfs aus für praktisch unbrauchbar[36]).

4. Geltung des wirklich Gewollten.

Wir erörterten bisher immer nur: wie weit gilt das Erklärte, wenn es mit dem Gewollten nicht übereinstimmt? Soweit nun das Erklärte nicht gilt, erhebt sich die entgegengesetzte Frage: kann nicht unter Umständen trotz der Nichtübereinstimmung von Willen und Erklärung doch das wirklich Gewollte gelten? Dieses Problem hat man sich bei der Abfassung des Entwurfs, wie uns scheint, nicht in voller Tragweite zum Bewußtsein gebracht.

Der Entwurf, wie er jetzt vorliegt, ergiebt folgende Entscheidung. Er geht stillschweigend von dem Prinzip aus: Wille und Erklärung äquiviliren. Diesem Prinzip widerspricht es auch nicht, wenn § 73 sagt: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften". Dieser Paragraph[37]) kann nicht dahin verstanden werden, gegenüber dem „erklärten Willen" sei der „wirkliche Wille" zur Geltung zu bringen; sonst würde ja § 73 den Irrthumsbestimmungen unseres Titel 5 vollständig widersprechen. Stehen sich nun aber Wille und Erklärung gleich, so müssen wir folgern: die nicht gehörig erklärte Absicht gilt selbst dann nicht, wenn sie richtig verstanden ist[38]).

Dies findet sich auch in § 98, 99 bestätigt. Wenn A sich verspricht und statt des Wortes x das Wort y sagt oder wenn er über die Bedeutung des Wortes y irrt und y sagt, um x zu bezeichnen, der Empfänger aber den Irrthum bemerkt und erkennt, daß x, nicht y gemeint sei, so soll nach § 99 Abs. 3 die Vorschrift des § 98 eintreten, derzufolge die Willenserklärung, wenn der Irrthum einen wesentlichen Theil in ihr betraf, schlechthin nichtig ist. Ist sie aber nichtig, so gilt weder y noch x, obwohl unter den Betheiligten volle Uebereinstimmung herrscht. Denkbar wäre übrigens, daß die Wendung, „so ist die Willenserklärung nichtig", in § 98 lediglich bedeuten soll, das scheinbar Gewollte (der „erklärte Wille") gilt nicht, während

[36]) Unbrauchbar aber doch harmlos und unschädlich nennt sie Leonhard, Verhdl. des 20. Juristentags III S. 26 fg.

[37]) S. Theil I S. 97 fg.

[38]) Wie weit dieses Resultat gerade bei Verträgen durch den § 100, der nur „Uebereinstimmung des Willens der Vertragschließenden" erfordert, modifizirt wird, lassen wir hier außer Betracht. Das Problem reicht ja auch jedenfalls über die Verträge hinaus, es bezieht sich auf alle Rechtsgeschäfte.

Digitized by Google

dahingestellt bleiben soll, ob nicht vielleicht doch der „wirkliche Wille“ gilt. Sollte dies gemeint sein — es ist nicht wahrscheinlich, und ein Mißverständniß liegt jedenfalls sehr nahe —, so hätten wir eine Lücke, die der Ausfüllung bedürfte; jene wichtige Frage darf der Entwurf eben nicht dahingestellt sein lassen.

Für einen einzelnen Fall hat er auch ausdrücklich eine andere Entscheidung zu treffen beabsichtigt. § 96, dessen Absatz 1 „ein zum Scheine vorgenommenes Rechtsgeschäft“ für nichtig erklärt, fügt in Absatz 2 hinzu: „Wird bei Vornahme des Scheingeschäftes von den Parteien die Errichtung eines anderen Rechtsgeschäftes beabsichtigt, so bestimmt sich die Gültigkeit dieses anderen Rechtsgeschäftes nach den für dasselbe geltenden Vorschriften.“ Dieser Abs. 2 sagt allerdings nicht das, was er meint. Denn für jedes Rechtsgeschäft, und damit auch für das verdeckte andere, gilt die Vorschrift, daß der Wille gehörig erklärt sein muß. Beim Scheingeschäft verstehen sich nun zwar die Parteien richtig, aber eine normale Erklärung des wirklich Gewollten liegt nicht vor, mögen die Parteien auch vorher über das verdeckte Geschäft gesprochen haben: die Erklärung, die rechtlich wirken soll, ist jedenfalls erst die verdeckende, und diese ist ja eben, weil sie verdecken soll, nicht normal. Streng genommen würde § 96 Abs. 2 also immer Nichtigkeit auch des verdeckten Geschäfts ergeben. In Wahrheit aber haben die Verfasser des Entwurfs gerade das Gegentheil gemeint, nämlich das, was auch die Motive I S. 193 sagen: „Die Verhüllung an sich steht der Gültigkeit des Geschäftes nicht entgegen“, also: vom Erforderniß der normalen Erklärung ist hier abzusehen. Außerdem wollten sie durch § 96 noch sagen: alle übrigen speziellen Erfordernisse gerade dieses anderen Rechtsgeschäftes müssen aber vollständig vorliegen. Dieser letztere Satz konnte nun jedenfalls fortbleiben, da es völlig selbstverständlich ist, daß für die Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes das Dasein seiner Erfordernisse nothwendig ist; der erstere Satz hingegen müßte allerdings ausgedrückt werden, denn er enthält eine Abweichung von dem oben besprochenen prinzipiellen Recht. Von der Grundlage des Entwurfs aus müßte § 96 Abs. 2[59]) etwa lauten, wie es Goldschmidt[60]) vorschlägt: „Umschließt das Scheingeschäft ein ernsthaft gemeintes Geschäft, so ist das letztere giltig.“

---

[59]) Ueber Abs. 1 s. oben S. 10.

[60]) S. 69.

Digitized by Google

5. Besondere Rechtsgeschäfte.

a) Letztwillige Verfügungen, § 1779.

Für letztwillige Verfügungen, d. h. im Sinne des Entwurfs (§ 1753) einseitige Verfügungen von Todeswegen[61]) — auch der Widerruf vorhandener Verfügungen gehört hierzu[62]) —, hat der Entwurf in § 1779 besonderes Recht bestimmt. Sie sollen immer nichtig sein, wenn der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt; „die Vorschriften des § 95, des § 97 Abs. 2 bis 4 und des § 99 finden keine Anwendung". Damit ist eine doppelte Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen gegeben: 1) Auch bei Mentalreservation soll die Erklärung nichtig sein[63]), § 95 Satz 1 gilt also nicht — diese Abweichung scheint uns vom eigenen Standpunkt des Entwurfs aus unbegründet —, und 2) ebenso soll sie wegen Scherzes oder wesentlichen Irrthums nichtig sein, selbst wenn grobe Fahrlässigkeit vorliegt, § 97 Abs. 2 und § 99 Abs. 1 gelten also nicht. 3) Daß bei leichter Fahrlässigkeit keine Schadensersatzpflicht eintritt, ergiebt sich schon aus § 97 Abs. 3 und § 99 Abs. 2. Hier ist ja nur dem „Empfänger" ein Schadensersatzanspruch zugesprochen, die letztwilligen Verfügungen sind aber nicht empfangsbedürftig. 4) Mit der Unanwendbarkeit von § 95 Satz 1, § 97 Abs. 2, 3 und § 99 Abs. 1, 2 ergiebt sich von selbst, daß § 95 Satz 2, § 97 Abs. 4 und § 99 Abs. 3 nicht weiter in Betracht kommen können.

Die Neufassung streicht den § 1779[64]), weil sie es bei den allgemeinen Grundsätzen belassen will. Dadurch, daß sie die Verfügung nur anfechtbar sein läßt, wird insbesondere auch der § 2091 anwendbar und damit ein im Entwurf fehlender Schutz[65]) für die Interessen des Dritten gegeben, der im Vertrauen auf die Giltigkeit der Verfügung mit dem Eingesetzten Rechtsgeschäfte geschlossen hat.

b) Eheschließung, § 1259 Nr. 2.

Der Entwurf bestimmt in § 1259 Nr. 2, der Mangel des Willens, überhaupt eine Ehe oder eine Ehe mit dem anderen Theile

---

[61]) Nicht auch für erbrechtliche Verträge, s. §§ 1947, 1957 Abs. 4, 1960 Abs. 1, 1962, 2020, 2024; auch nicht für andere erbrechtliche einseitige Rechtsgeschäfte, z. B. §§ 1890, 1892 Abs. 2, 1895, 2029, 2032, 2040, 2041, 2094, 2104; vergl. auch Motive V S. 46 Abs. 4.

[62]) § 1933 Abs. 1. Motive V S. 298 Abs. 2.

[63]) Ueber letztwillige Scheingeschäfte s. oben S. 9 Note 18.

[64]) Folgeweise wird § 1947 nebst den Verweisungen auf ihn in § 1957 und § 2020 überflüssig.

[65]) S. Motive V S. 601 fg.

Digitized by Google

zu schließen, sei bei der Eheschließung nur dann beachtlich[66]), wenn „der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Erklärenden beruhte“. Und zwar ist die Ehe in diesem Fall nicht nichtig sondern anfechtbar; dies ist sie aber ohne Rücksicht auf Schuld des Erklärenden, und ohne daß eine Schadensersatzpflicht des Irrenden einträte. Die Wesentlichkeit des Irrthums im Sinne des § 98 erwähnt § 1259 Nr. 2 nicht.

Inwiefern auch der Identitätsirrthum unter diesen Paragraphen fällt, ist hier gerade wie in § 98 zweifelhaft. Fälle der „Irrung“ und des „Verlautbarungsirrthums“ werden sehr selten sein. Die Erklärung der Eheschließenden besteht nur in einer Bejahung (§§ 1248, 1249); Irrung ist also im Wesentlichen nur so möglich, daß einer der Eheschließenden ohne bewußten Willen eine körperliche Bewegung macht, welche als Bejahung der Frage des Standesbeamten erscheint (er verspricht sich und sagt „Ja“ statt „Nein“; der Stumme macht ein unwillkürliches Bejahungszeichen u. dgl.). Eher denkbar wäre, namentlich „bei der Eheschließung Tauber, Stummer, Taubstummer oder solcher Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind“[67]), ein Irrthum über den Sinn der abgegebenen Erklärung: man bejaht die Frage des Standesbeamten, weil man sie mißverstanden hat, man irrt darüber, daß die als Verneinung gemeinte Erklärung ihrem Sinne nach als Bejahung erscheint, oder daß die Bejahung als Bejahung der Frage gerade des Standesbeamten erscheint, während man eine gleichgiltige Frage einer anderen anwesenden Person bejahen will, man überhört, daß der Standesbeamte den Namen einer anderen anwesenden Person, mit der man die Ehe einzugehen nicht beabsichtigt, genannt hat. Sachlich kann demnach der Willensmangel derart sein, entweder daß man überhaupt keine Ehe oder daß man gerade mit dieser dem objectiven Sinne der Erklärung nach bezeichneten Person die Ehe nicht schließen will; beide Fälle nennt auch § 1259 Nr. 2[68]). Inhaltlich wesentlich ist dieser Irrthum wol immer, darum bedarf es einer Prüfung der Wesentlichkeit im einzelnen Fall nicht mehr.

Den Schutz dritter Personen, welche auf die Giltigkeit der Ehe vertraut haben, bezweckt die Vorschrift des § 1270[69]); doch

---

[66]) S. Motive IV S. 78.

[67]) Motive V S. 78.

[68]) Unrichtig denken die Motive IV S. 78 Abs. 2 bei dem zweiten Fall nur an den Identitätsirrthum

[69]) S. die Motive zu § 1270 u. 1257.

Digitized by Google

kann diese Vorschrift sowie das, was der Entwurf in § 1260 ff. über Wirkung, Form, Frist u. s. w. der Anfechtung bestimmt, hier nicht durchgeprüft werden.

Unanfechtbar soll die Ehe sein, wenn sie mit Mentalreservation oder zum Schein geschlossen ist (argum. § 1250). Dies ist zu billigen; es entspricht auch unseren eigenen allgemeinen Vorschlägen. Der Entwurf läßt auch die zum Scherz oder sonst ohne ernstlichen Willen geschlossene Ehe unanfechtbar sein, selbst wenn die Absicht, irgend Jemanden (den anderen Theil oder den Standesbeamten oder Dritte) zu täuschen fehlt[70]). Hier treten doch Bedenken auf. Man nehme an, daß sowohl die beiden Eheschließenden wie auch der Standesbeamte wissen, daß nur ein Scherz gemeint sei. Soll dann plötzlich einer der Betheiligten die Sache für Ernst nehmen dürfen? Der Fall wird äußerst selten sein; doch wurde ein derartiges Vorkommniß neulich im „Vermischten" deutscher Zeitungen berichtet[71]). Man könnte die Nichtigkeit der Ehe in solchen Fällen daraus herleiten, daß das Gesetz, indem es vom „Standesbeamten" spricht (§ 1248), verlange, daß der Standesbeamte eben auch sichtlich in seiner Eigenschaft als Standesbeamter, nicht als Privatperson handele. Aber klar genug ist auch dies im Gesetz jedenfalls nicht ausgedrückt. Und sollte sich nicht der Fall denken lassen, daß der Standesbeamte in der That ernstlich handelt und auch an den ernstlichen Willen der Eheschließenden glaubt, während doch einer der Eheschließenden in dem Glauben steht, es handele sich nur um ein Spiel? Dazu würde große Dummheit des Letzteren gehören, unmöglich ist aber der Fall nicht. Ein solcher Irrthum über den gesammten Charakter des Vorganges verdient ebenso gut rechtliche Be-

---

[70]) So Motive IV S. 55 fg. Daß die Fassung des § 1259 Nr. 2 wörtlich genommen auch den Fall des Scherzes unter sich begreift aber nicht begreifen soll, darüber s. oben S. 11 N. 23.

[71]) Er klang freilich sehr fabelhaft. Ein junger Mann liebt die Tochter des Hauses, in dem er mit mehreren Anderen zum Besuch weilt. Die Scene: auf dem Lande. Liebe unerwidert. Einer seiner nahen Freunde ist zufällig der Standesbeamte des Bezirks. Der Liebende weiß es einzurichten, daß ein Gesellschaftsspiel gespielt wird, demzufolge Paare ausgelooſt werden, die dann von einem anderen Mitgliede der Gesellschaft als Ehepaare in lustiger Förmlichkeit für diesen Nachmittag zusammengegeben werden; er bewirkt, daß sein Freund die Eheschließung im Spiel vorzunehmen hat, und beeinflußt die Looszieſung dahin, daß ihm die betreffende junge Dame zugelooſt wird. Jener Freund nimmt — sei es selbst als Mitwisser, sei es ebenfalls nur im Scherz — die Eheschließung vor, und nun macht der junge Mann aus dem Spiele Ernst.

Digitized by Google

achtung wie ein Irrthum über den Sinn der abgegebenen Erklärung. Unsere Neufassung trägt dem Rechnung[72]).

§ 100. Dissens.

§ 100 behandelt den Fall des Dissenses, er bezeichnet den Thatbestand so: „Fehlt bei der Schließung eines Vertrages[73]) in Ansehung eines Theiles des Vertrages die Uebereinstimmung des Willens der Vertragschließenden". Als Rechtsfolge setzt er: „so ist der ganze Vertrag nichtig, sofern nicht erhellt, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über jenen Theil geschlossen sein würde". Die Ergänzung dieses hypothetischen Satzes muß lauten[74]): wenn die Parteien beim Vertragschluß vor die Alternative gestellt wären: wollt ihr überhaupt keinen Vertrag oder wollt ihr diesen Vertrag aber ohne diese Bestimmung? Mit anderen Worten der Vertrag wird kraft „geänderter Absicht" der Parteien[75]) aufrecht erhalten.

1. Bei der Thatbestandsbezeichnung im § 100 ist vollständig übersehen worden, daß sie alle Fälle des mangelnden Konsenses umfaßt. Nun hat aber der Entwurf in § 78 Abs. 2 die ganz andere Regel aufgestellt: im Zweifel soll der ganze Vertrag nichtig sein, wenn auch nur über irgend einen von einer den Parteien zur Vereinbarung gestellten Punkt der Konsens fehlt[76]). Dieser Widerspruch zwischen § 78 und § 100 ist eine Folge ungenauer Fassung. Die Motive ergeben, daß § 78 nur an den Fall des offenen, d. h. den Parteien bewußten, § 100 an den des versteckten erst nachträglich entdeckten Dissenses denkt, obwohl das auch nicht mit einer Silbe im Text des Entwurfes selbst angedeutet ist[77]). Die Nothwendigkeit einer Aenderung des § 100 in dieser Hinsicht steht also außer Zweifel.

---

[72]) Auch bei der Stellvertretung findet sich eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Sonderbestimmung, § 116 Abs. 2, vgl. auch § 125; s. darüber unten zu diesen Paragraphen.

[73]) Diese Worte „bei" u. s. w. sind überflüssig.

[74]) Vgl. oben S. 28.

[75]) Vgl. Theil I S. 96.

[76]) Vgl. Theil I S. 124.

[77]) Die Neufassung des § 78, welche in Theil I S. 171 versucht ist, hat ebenfalls die Beschränkung auf offenen Konsens nicht ausgedrückt. Die Bestimmung spricht und gilt allgemein, soweit nicht spätere Bestimmungen (§§ 98, 99, 114) sie modifiziren.

Digitized by Google

2. Die Motive I S. 202 unterscheiden wie die frühere Lehre[78]) zwei Arten des versteckten Dissenses[79]). Dissens liege nicht bloß vor, wenn jede der beiden Vertragserklärungen völlig normal vorhanden sei, aber sich mit der anderen nicht decke, ohne daß die Parteien sich dessen bewußt geworden seien, Fall des „Dissenses im engeren Sinne", sondern auch dann, wenn eine einzelne Vertragserklärung bereits für sich wegen Willensmangels nach §§ 95—97 nichtig sei, und demgemäß dann auch die Uebereinstimmung des Willens der Vertragschließenden fehle. Auch der Entwurf selbst bezieht den § 100 auf die beiden bezeichneten Fälle. Dies geht mit Sicherheit aus § 101 hervor, welcher die Dissensregel des § 100 für anwendbar erklärt in dem Fall, daß eine Botschaft, ein Telegramm verstümmelt übermittelt wird. Das ist aber gerade ein Fall, wo die einzelne bei dem Empfänger angelangte Vertragserklärung selbst schon des wirklichen Willens ermangelt, und was für diesen Fall gilt, muß offenbar für alle Fälle irrthümlicher Erklärungen nach § 98 gelten. Und gewiß: der Ausdruck des § 100 „Fehlen der Uebereinstimmung des Willens der Vertragschließenden" trifft auch dann zu, wenn der scheinbar auf der einen Seite vorhandene Wille kein wirklicher Wille war.

Interpretirt man aber so, dann ergiebt sich noch ein weiterer Fall des Dissenses, der Fall nämlich, daß auf Seiten einer der Parteien Wille und Erklärung sich nicht decken, die Erklärung aber doch wegen grober Fahrlässigkeit des Erklärenden oder wegen Unwesentlichkeit des Irrthums ihrem objektiven Sinne nach giltig ist und mit der Erklärung der anderen Partei übereinstimmt. Auch hier ist der scheinbar erklärte Wille kein wirklicher Wille, und darum fehlt die Willensübereinstimmung. Trotzdem soll hier, wie auch die Motive ergeben, § 100 keine Anwendung finden: der Vertrag soll einfach giltig sein. Mithin wäre § 100 jedenfalls so zu fassen, daß er diesen Fall ausschließt.

3. Wir haben demnach dies Resultat: der § 100 will Anwendung finden 1) auf den Fall des versteckten Dissenses im engeren Sinne, 2) auf den Fall, daß eine der Vertragserklärungen wegen Willensmangels nichtig ist; wir sprechen der Kürze halber hier von Dissens im weiteren Sinne. Die Gleichstellung dieser Fälle ist indeß unmöglich,

---

[78]) Vgl. Irrthum S. 425 fg.

[79]) Wenn die Motive a. a. O. als Dissensfall auch den Fall der l. 21 § 2 D. de a. e. v. 19, 1 bezeichnen, so nehmen sie Dissens in einem dritten Sinne: als Vorstellungsdifferenz bei identischer Vertragsabsicht; s. Irrthum S. 426 fg., 554 fg.

Digitized by Google

§ 100 darf sich nur auf den Dissens im engeren Sinne beziehen. Mit der Anwendung des § 100 auf den Dissens im weiteren Sinne gerathen wir in unentwirrbare Verwicklungen; es entsteht ein Konflikt des § 100 mit § 98, 99[80]).

§ 100 spricht ausschließlich vom *theilweisen* Dissens. Liegt also bei der einen Vertragserklärung in allen ihren Punkten Willensmangel vor, so findet nur § 98, 99 Anwendung, nicht auch § 100; ist sie vollständig nichtig, so ist es der Vertrag ebenso. Ein Konflikt tritt aber bei *theilweisem* Willensmangel ein, und zwar dann, wenn dieser Willensmangel subjektiv wesentlich im Sinne des § 98 und der Erklärende ohne grobe Fahrlässigkeit war. Nach § 99 ist jetzt die einzelne Erklärung ganz und gar nichtig, nach § 100 aber kann der Vertrag doch theilweise giltig sein. Ist aber der Vertrag giltig, so sind damit auch die beiden einzelnen Vertragserklärungen wieder giltig. Hier weiß, so scheint mir, die rechte Hand nicht, was die linke thut. Denn dies wäre hiernach der Kern des § 100: die Anordnung der Nichtigkeit der Willenserklärung, welche in § 98 erfolgt ist, wird unter besonderen Voraussetzungen für den Fall, daß es sich um Vertragserklärungen handelt, *wieder aufgehoben*. Dies wäre ja nun an sich ein mögliches Resultat. Indeß nunmehr ergiebt sich, daß die Voraussetzungen des § 98 und des § 100 schwerlich mit einander zu vereinen sind.

§ 100 soll nur Anwendung finden, wenn die einzelne Vertragserklärung — sagen wir die Offerte — nichtig ist. Nichtig ist sie aber nach § 98 nur, wenn der bei einem Theil der Erklärung unterlaufende Irrthum wesentlich war. Wesentlich ist dieser aber nur, wenn der Offerent im Augenblick der Erklärung lieber gar nichts als die Willenserklärung mit dem fehlerhaften Theil gewollt haben würde. § 100 sagt nun: trotz dieser Nichtigkeit soll doch der Vertrag auf die anderen Theile (mit Ausnahme des fehlerhaften Theils) giltig sein, wenn beide Parteien, also auch der Offerent, lieber diese Theile allein als gar nichts gewollt haben würden. Also § 100 und § 98 zusammen ergeben: wenn der Offerent lieber nichts als den objektiven Sinn der Erklärung, aber dennoch lieber die normalen Theile seiner Erklärung allein als gar nichts gewollt hätte, dann soll der Vertrag in seinen normalen Theilen giltig sein, sofern auch der Acceptant lieber diese normalen Theile allein als gar nichts gewollt haben würde. Hätte der Offerent beispielsweise in seiner Offerte Waare, Preis und Erfüllungsort bestimmt, bei der Bestimmung des Erfüllungsortes aber ohne grobe Fahrlässigkeit sich so ausgedrückt, daß der andere Kontrahent statt des gemeinten Frankfurt a. M. Frankfurt a. O. verstehen

[80]) In schwächerem Maß auch mit § 95, 97.

Digitized by Google

mußte, so wäre zuerst zu fragen: Würdest du lieber die Vertragsschließung überhaupt unterlassen als auf Frankfurt a. O. kontrahirt haben? Ergiebt sich, der Offerent würde sie lieber überhaupt unterlassen haben, so soll nun weiter gefragt werden: Würdest du lieber ohne Bestimmung eines Erfüllungsortes (so daß der gesetzliche Erfüllungsort, z. B. Bonn, einträte) oder gar nicht kontrahirt haben? Ergiebt sich jetzt, der Offerent würde ebenso wie der Acceptant lieber ohne Bestimmung eines Erfüllungsortes kontrahirt haben, so soll nunmehr der Vertrag ohne die Ortsbestimmung giltig sein. Würde der Offerent hingegen antworten: Lieber noch Frankfurt a. O. als kein Vertrag, indeß viel lieber Bonn als Frankfurt a. O., so würde doch der Vertrag auf Frankfurt a. O. zu Stande kommen. Und damit sind wir noch immer nicht fertig. Denn wenn nun der Vertrag wirklich nach § 100 auf die normalen Bestandtheile der Offerte zu Stande kommt, so bleibt doch richtig, daß die Offerte nicht so wie sie lautete ganz giltig war: also tritt unvermeidlich noch eine Schadensersatzpflicht des Offerenten, wenn er fahrlässig war, nach § 99 Abs. 2 ein; der Offerent muß also den Schaden ersetzen, den der Antragsempfänger dadurch gehabt hat, daß er sich auf das Zustandekommen des Vertrags in dem objektiven Sinn der Offerte (Frankfurt a. O.) verlassen hatte. Welche Verwicklungen! welche Schwierigkeiten! Es ist wohl als sicher anzunehmen, daß man sich bei der Abfassung des § 100 dieses Verhältniß zum § 98, 99 nicht klar gemacht hat. Die praktisch allein brauchbare Lösung liegt ganz nahe: wenn bereits die einzelne Vertragserklärung wegen Willensmangels nichtig ist, so findet lediglich § 98, 99 Anwendung, d. h. der Vertrag ist ganz und gar nichtig, und der irrig Erklärende hat nur, sofern die Voraussetzungen dazu vorliegen, dem Gegner Schadensersatz nach § 99 Abs. 2 zu leisten. § 100 bedürfte also einer Aenderung, welche ihn auf die Fälle des Dissenses im engeren Sinne einschränkt.

4. Die Bestimmung, welche § 100 für den Dissens im engeren Sinne giebt, ist sachlich zu billigen. Daß der Fall des offenen und dieses verdeckten Dissenses im engeren Sinne verschieden zu behandeln sind, leuchtet ein. Bei offenem Dissens, von dem § 78 Abs. 2 handelt, steht eben fest, daß die Parteien den *ganzen* Vertrag nicht wollen; sie unterlassen ja wissentlich die weitere Verhandlung, die noch zu einem Konsens führen könnte. Damit konstatiren sie, daß ihre Interessen zu verschieden sind, um eine Ausgleichung zuzulassen. Bei dem versteckten Dissens hingegen hätten die Parteien damals beim Kontrahiren vielleicht weiter verhandelt und Konsens auch über diesen Punkt noch hergestellt. Zur Zeit der Entdeckung des Dissenses mögen sich aber die Interessen so geändert haben, daß nunmehr an jenem

Digitized by Google

damals den Parteien vielleicht gleichgiltigen Punkte ein neuer Konsensversuch scheitern würde. Darum stellt sich das objektive Recht auf den Standpunkt der Parteien zur Zeit des Vertragschlusses, und läßt, wenn damals der nicht konsentirte Vertragstheil auch nur für eine der Parteien von ausschlaggebender Bedeutung war, Nichtigkeit des ganzen Vertrages, sonst nur Nichtigkeit des Theils eintreten; im letzteren Fall würde die entstehende Lücke entweder unausgefüllt bleiben, oder, soweit subsidiäre Gesetzesbestimmungen da sind, durch diese ergänzt werden.

5. Ist nun auch die Bestimmung des § 100 für den Dissens im engeren Sinne zu billigen, so ist sie doch entbehrlich, denn sie ist nichts als ein Anwendungsfall des in § 114 allgemeiner ausgesprochenen Prinzips: „Trifft der Grund der Ungültigkeit nur einen Theil eines Rechtsgeschäftes, so ist das ganze Rechtsgeschäft ungültig, sofern nicht erhellt, daß dasselbe auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde." Dies auf den Vertrag, der ja nach dem Sprachgebrauch des Entwurfs[81]) durch das Wort Rechtsgeschäft mitbezeichnet wird, angewendet, ergiebt: trifft der Grund der Ungiltigkeit, insbesondere der Dissens, nur einen Theil eines Vertrags, so ist der ganze Vertrag ungiltig, sofern nicht erhellt, daß der Vertrag auch ohne die ungiltige Bestimmung gewollt sein würde. Das ist aber mit bloßen Wortverschiedenheiten genau der § 100, und zwar gerade für unseren Fall des Dissenses im engeren Sinne[82]).

6. Schwere Bedenken erweckt endlich noch eine Bemerkung der Motive zu § 100. Sie sagen: „Die über den Einfluß der Verschuldung in Ansehung des beachtlichen Irrthumes in § 99 getroffenen Bestimmungen sind auf den Fall des Dissenses im engeren Sinne nicht übertragen. Damit soll jedoch der Frage, ob die analoge Anwendung derselben statthaft sei, nicht vorgegriffen sein." Dissens im engeren Sinne liegt aber nach der eigenen Meinung der Motive nur

---

[81]) S. Theil I S. 26.

[82]) Unbegreiflich ist es, daß die Motive I S. 202 sagen, nicht dieser Fall des Dissenses im engeren Sinne, sondern der Fall des Dissenses im weiteren Sinne (Dissens, weil bereits die eine Vertragserklärung des Willens ermangelt), sei ein Unterfall des § 114. Eher ließe sich das Gegentheil sagen. Wenn die eine Vertragserklärung wegen Willensmangels nach § 98. 99 ganz nichtig ist, so würde an sich § 114 überhaupt nicht Anwendung finden. Denn der Grund der Ungiltigkeit (nämlich hier die Nichtigkeit der einen Vertragserklärung in allen ihren Theilen) würde sich auf den ganzen Vertrag, nicht bloß auf einen Theil desselben beziehen. Sollte an jener Stelle der Motive vielleicht ein Schreib- oder Druckfehler („der erstere" stünde statt „der letztere") vorliegen?

Digitized by Google

dann vor, wenn jede Willenserklärung in sich normal ist. Ist sie das aber, und der Empfänger versteht den Erklärenden doch nicht richtig, so kann von einer Haftung des Erklärenden auch nicht die Rede sein. Daß die beiden normalen Willenserklärungen nicht zusammenstimmen, kann ebenfalls keiner von den beiden Parteien zur Last gelegt werden. Wie also kann von analoger Anwendung der über den Einfluß der Verschuldung in § 99 getroffenen Bestimmungen überhaupt die Rede sein? Das Mißverständniß der beiden Parteien ist nichts als Irrthum über die Thatsache, daß kein Konsens vorhanden ist. Dieser Irrthum ist nicht Ursache des Dissenses, sondern Begleiterscheinung und höchstens Ursache davon, daß der vorhandene Dissens nicht nachher noch in Konsens verwandelt ist[83]). Denken die Motive an eine Haftung desjenigen, der etwa bei vorhandenem Dissens schuldhaft den Irrthum hervorruft, daß Konsens vorhanden sei? Schwerlich. Hervorrufung eines solchen Irrthums in zurechenbarer Weise, ohne daß zugleich bei der eigenen Erklärung dessen, der den Irrthum bewirkt, Differenz von Wille und Erklärung vorhanden wäre, kann man sich schwerlich vorstellen. Viel eher ist anzunehmen, daß die Motive bei dieser Bemerkung an Fälle gedacht haben, die sie fälschlich zum Dissens im engeren Sinne rechneten, während in Wahrheit Differenz zwischen Wille und Erklärung auf der einen Seite vorliegt. Wenn Jemand auf eine Offerte ein Ja erklärt, so ist der Sinn dieses Ja der einer Bejahung dessen, was durch die Offerte wirklich gesagt war. War die Offerte mißverstanden, so meint demnach der Acceptant mit seinem Ja etwas Anderes als was dies Ja objektiv bedeutet. Demnach liegt nicht etwa Nichtübereinstimmung zweier normaler Erklärungen vor, sondern der Acceptant giebt eine Erklärung ab, die nicht das besagt, was sie soll. Dissens ist vorhanden, aber ein Dissens im weiteren, nicht im engeren Sinne, und § 99 findet nicht analoge Anwendung auf diesen Vertrag, sondern direkte Anwendung auf die einzelne Erklärung des Antragsempfängers.

Das Ergebniß dieser Erörterungen für die Revision des Entwurfs unter Beibehaltung seiner Grundgedanken ist, daß § 100 einfach gestrichen werden muß: für den Fall des Dissenses im weiteren Sinne normiren §§ 95, 97 — 99, für den Fall des Dissenses im engeren Sinne § 114.

§ 101.

Den Fällen der Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung und zwar insbesondere[84]) den Fällen des Irrthums (§ 98,

[83]) Irrthum S. 422 fg.

[84]) Die Verweisung auf § 100 ist zu streichen, s. auch oben S. 35, 37.

Digitized by Google

99) wird in § 101 gleichgestellt der Fall, daß die unmittelbare Erklärung zwar mangellos erfolgt ist, der Erklärende aber „zur Uebermittelung derselben an den Empfänger sich einer Mittelsperson bedient hat, durch welche der Wille unrichtig mitgetheilt ist". Gedacht ist hier an Entstellung von Telegrammen, an falsche Ausrichtung einer Botschaft durch den Boten. Dies bedarf nach zwei Richtungen hin einer Erweiterung.

1. Einmal ist es zu eng von Mittelspersonen zu sprechen: es handelt sich nur darum, daß zur Uebermittlung der Erklärung besondere Zwischenglieder benutzt werden. Man denke nur an den Fall, daß Jemand selbst dem Anderen telegraphirt, durch einen Fehler der Leitung aber das Telegramm entstellt anlangt. Ebenso können beim Telephoniren Störungen vorkommen, durch welche einzelne Worte verloren gehen. Wir sprechen deshalb von „Personen oder Veranstaltungen", welche der Erklärende zur Uebermittlung seiner Erklärung gewählt hat. Was übrigens die Benutzung eines Boten betrifft, so denken die Motive nur an die mündliche Bestellung. Der Ausdruck des § 101 umfaßt aber doch wohl auch den Fall, daß der Bote die ihm zur Besorgung gegebene schriftliche Erklärung fälscht; auch hier würde der Absender, sofern Schuld in der Auswahl des Boten vorliegt, haften müssen.

2. Zweitens ist es zu eng, bloß von Willenserklärungen an einen „Empfänger" zu reden, da der Entwurf unter Empfänger eben nur denjenigen versteht, dem gegenüber eine Erklärung, um wirksam werden zu können, abgegeben sein muß. Ohne Zweifel können aber auch nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen durch Boten oder Telegramme an einen Interessenten übermittelt werden dergestalt, daß eine Haftung am Platze ist. Nach der Absicht des Erklärenden soll in solchem Falle die Wirksamkeit der Erklärung, obwohl diese nicht empfangsbedürftig ist, doch nicht schon sofort mit ihrer Abgabe sondern erst mit ihrer Ankunft beim Adressaten eintreten; bis dahin wäre daher auch eine Zurücknahme noch wirksam. Damit muß aber Hand in Hand gehen auch eine eventuelle Haftung wegen Entstellung der Erklärung, wie sie § 101 vorschreibt. Die ratio des Gesetzes ist hier dieselbe. Die Neufassung spricht deshalb schlechthin davon, daß „die Willenserklärung entstellt übermittelt wird".

§ 102. Motive.

Daß der Irrthum in den Beweggründen einflußlos ist, sofern das Gesetz nichts Anderes bestimmt, ist keinem Zweifel unterworfen, § 102 kann deshalb fehlen. Eine solche andere Bestimmung giebt

Digitized by Google

der Entwurf ganz allgemein nur für den Fall des Betruges (in § 103, 104). Außerdem wird in § 742 bei Ermangelung einer „Voraussetzung" der dort bezeichneten Art Kondiktionshilfe gewährt. Weiter noch geht die Wirksamkeit des motivirenden Irrthums bei letztwilligen Verfügungen § 1781[85]), bei der Ehe § 1259 Nr. 1 und beim Vergleich § 667[86]).

§ 103, 104. Drohung und Betrug.

§ 103 und 104 handeln von der durch Drohung oder Betrug hervorgerufenen Willenserklärung[87]); eine solche Willenserklärung soll anfechtbar sein (in dem vollen Sinne des § 112: die Anfechtung wirkt „dinglich" ex tunc gegen jeden Dritten). Wenn der durch den Betrug erregte Irrthum ein solcher war, der die Nichtübereinstimmung des Willens und der Erklärung aufhob, so treten natürlich die Regeln des § 98 ein: also volle Nichtigkeit, sofern der Irrthum wesentlich war; war der Irrthum unwesentlich, so ist die Willenserklärung zwar nach § 98 giltig, kann aber dann immer noch nach § 103 angefochten werden. Ebenso ist selbstverständlich, daß neben dem Anfechtungsrecht auch noch der Schadensersatzanspruch steht, welcher aus jedem Delikt nach § 704 entspringt[88]). Soweit durch die Anfechtung der Schade noch nicht voll ersetzt ist, kann der Schadensersatzanspruch auch noch neben der Anfechtung geltend gemacht werden. Schwierigkeiten entstehen aus dieser Konkurrenz von Rechtshilfen nicht.

1. Als Thatbestand setzt § 103[89]), daß Jemand zur Abgabe der Willenserklärung durch Drohung oder durch Betrug bestimmt ist. Die Worte „Drohung" und „Betrug" bedürfen einer Aenderung.

a) Der Entwurf spricht von „Drohung", ohne die „Gewalt" daneben zu nennen (vgl. St.G.B. 253). Die Motive halten das für überflüssig, weil „die Anwendung von Gewalt in der hier fraglichen

---

[85]) Ebenso bei Erbeinsetzungsverträgen: § 1948; s. auch § 1960 Abs. 2, 1962.

[86]) Motive I S. 203 fg. § 2040 Abs. 1 ist nicht hierherzustellen, weil dort die Eigenschaft des Irrthums, Motiv zu sein, nicht erfordert ist: die Ausschlagung ist anfechtbar, auch wenn für den Entschluß auszuschlagen der Irrthum gleichgiltig gewesen sein sollte.

[87]) Besondere Anwendungen in §§ 1259 Nr. 1, 1780, 1948, 1960 Abs. 2, 2040 Abs. 2, 2041, 2094 Abs. 5.

[88]) Motive I S. 208.

[89]) Vgl. von Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht (Bekker und Fischer Beiträge Heft 5) S. 22 ff. 19 ff. — Ueber das Merkmal der „Widerrechtlichkeit" s. von Liszt S. 34 ff.

Digitized by Google

Hinsicht immer eine Drohung, die Drohung mit der Fortsetzung eines gegenwärtigen Uebels enthält", und für irreführend, weil sonst „das Mißverständniß entstehen könnte, als habe auch der Fall der vis absoluta getroffen werden sollen". Letzteres Mißverständniß ist unmöglich, da der Entwurf davon spricht, Jemand sei zur Abgabe bestimmt worden, die motivirende Natur der „Gewalt" wäre also klar betont. Ersteres Argument ist nicht durchschlagend. Wenn der Erklärende aus gegenwärtiger Gewaltanwendung die Befürchtung entnimmt, daß mit derselben werde fortgefahren werden, so kann diese Befürchtung im einzelnen konkreten Fall sehr wohl ungerechtfertigt sein, und doch muß die angewendete Gewalt genügen, um die Willenserklärung anfechtbar zu machen. Jedenfalls aber ist es mißlich, wenn der Entwurf das Wort Drohung in anderem Sinne gebraucht als das R.St.G.B.[90]). Es empfiehlt sich also, entweder mit dem R.St.G.B. „Gewalt oder Drohung" zu setzen, oder, um auch hier einen bequemeren Ausdruck zu haben, den altbekannten „Zwang" beizubehalten, wie ja auch § 104 Abs. 1 von „Zwangslage" spricht[91]). Eine Verwechselung mit der vis absoluta wäre auch hier durch die Angabe, der Zwang müsse „bestimmt", d. h. motivirt haben, ausgeschlossen.

b) Was Betrug ist, definirt der Entwurf nicht. Die Motive sagen, der „Betrug" des § 103 sei nicht gleich dem Betrug des R.St.G.B. 263. „Im Allgemeinen stellt sich jeder arglistige Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachtheile eines Anderen als Betrug dar"[92]). Dem gegenüber meine ich, man wird allzuleicht auf den Gedanken kommen, daß mit dem Worte Betrug im Entwurf dasselbe bezeichnet sei, was im R.St.G.B. Betrug heißt. Der Entwurf muß also, um eine Verwechselung zu verhüten, den Thatbestand näher bezeichnen.

Der weite Begriff des Dolus, wie er sich in der actio doli zeigt, kann hier an unserer Stelle nicht in Betracht kommen. Er ist durch §§ 704, 705 vollständig gedeckt, und das genügt. Denn der aus jedem Delikt entstehende Schadenersatzanspruch kann ja im konkreten Falle auch auf Wiederaufhebung einer abgegebenen Willenserklärung gehen, s. § 219. Der Dolus, dem die weitergehende Wirkung einer Anfechtbarkeit der Willenserklärung gegeben wird, muß unseres Er-

---

[90]) v. Liszt a. a. O. S. 20 fg.

[91]) So Schilling S. 45.

[92]) I S. 208; andere Versuche der Motive den Begriff zu bestimmen und zutreffende Kritik derselben bei v. Liszt a. a. O. S. 24.

Digitized by Google

achtens enger gefaßt werden. Die Motive selbst erkennen den rechtspolitischen Grund des § 103 darin, daß „die Freiheit der Willensentscheidung" zu wahren ist. Das aber, was im Sinne der Motive die Freiheit des Willensentschlusses beeinträchtigt, ist der Irrthum. Dieser Irrthum nun soll dann Wirksamkeit haben, wenn er durch einen Anderen erregt oder benutzt ist. „Benutzt" heißt: wenn der Andere bewirkt, daß ein vorhandener Irrthum als Motiv wirkt oder in Verhältnissen, wo der Irrende Aufklärung eines etwaigen Irrthums durch ihn hätte erwarten dürfen, dem Irrthum die Wirksamkeit als Motiv nicht nimmt. Für den Thatbestand des § 103 muß also, enger als für den der actio doli, arglistige Erregung oder Unterhaltung eines Irrthums gefordert werden, gerade so wie es beim strafrechtlichen Betrug geschieht. Hingegen sind die anderen Thatbestandsmomente des strafrechtlichen Betruges nicht zu erfordern: weder die gewinnsüchtige Absicht des Betrügers, noch eine erfolgte Vermögensbeschädigung. Es würde demnach genügen, im § 103 von „arglistiger Täuschung" zu sprechen[93]). Wie weit eine solche auch in der Benutzung eines vorhandenen Irrthums liegen kann, ist ein von den Kriminalisten genugsam behandeltes Problem[94]). Bequemer wäre es aber noch, statt des Doppelausdrucks arglistige Täuschung einen einfachen Ausdruck zu haben. Sollte es nicht angänglich sein, von Ueberlistung zu sprechen[95])?

2. Empfänger und Dritter. Gleichgiltig soll sein, von wem die Drohung ausgegangen ist. Insbesondere soll es bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften nicht darauf ankommen, ob der Empfänger oder ein Dritter gedroht hat; bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften giebt es ja keinen „Empfänger" im technischen Sinne, hier kann also die Drohung nur von einem Dritten herrühren. Auch für den Betrug soll es bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften gleichgiltig sein, von wem er ausgegangen ist. Bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften hingegen soll Betrug durch einen Dritten nur dann genügen, wenn der Empfänger den vom Dritten verübten Betrug kannte oder hätte kennen müssen. Diese Bestimmungen scheinen mir weder in rechtem Einklang mit einander zu stehen, noch in sich zweckmäßig zu sein.

---

[93]) So v. Liszt S. 25. R.St.G.B. 170.

[94]) v. Liszt a. a. O.

[95]) Das österr. b. G.B. § 874 spricht von „List". S. auch R.St.G.B. 234 — 236. Ueberlisten heißt sprachlich nicht etwa den Anderen dadurch überwinden, daß man noch listiger ist als er selbst, sondern lediglich: einen Anderen zu einer Handlung oder Unterlassung bewegen dadurch, daß man selbst listig ist.

Digitized by Google

a. Es ist nicht einzusehen und auch die Motive[96]) belehren über den Grund nicht, warum der schuldlose Empfänger einer erzwungenen empfangsbedürftigen Willenserklärung schlechter stehen soll als der schuldlose Empfänger einer erlisteten empfangsbedürftigen Willenserklärung. Die Verhältnisse liegen doch für Beide völlig gleich; verdient der Eine Rücksicht, so verdient sie auch der Andere.

b. Ebenso wenig ist genügender Grund dafür vorhanden, daß im Fall der Ueberlistung der Empfänger einer empfangsbedürftigen Willenserklärung anders behandelt wird als derjenige, der, ohne im Rechtssinne Empfänger zu sein, die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung thatsächlich empfängt oder überhaupt nur von ihren Wirkungen betroffen wird. Der Entwurf kommt zu seiner Entscheidung offenbar wiederum durch den schon oben S. 26 fg. erwähnten Trugschluß: weil bei Anfechtung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung auf den Dritten, der seine Rechte von dem Empfänger ableitet, keine Rücksicht genommen wird, bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung aber jeder Betheiligte ein Nicht-Empfänger, also ein „Dritter" ist, wird bei ihr auf Niemanden als den Erklärenden selbst Rücksicht genommen. Daß hierbei der sachliche Unterschied zwischen der Lage des Dritten bei der empfangsbedürftigen und bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung übersehen ist, führten wir oben aus.

Demnach bedürfen diese Bestimmungen des Entwurfs einer inhaltlichen Umarbeitung: der Gezwungene oder Ueberlistete muß soviel wie möglich, aber freilich unter Berücksichtigung der Interessen des Unschuldigen geschützt werden.

3. § 104 setzt eine Anfechtungsfrist fest. Dieselbe beträgt, gleichgiltig, ob die Ueberlistung vom Empfänger der Erklärung oder einem Dritten verübt ist, und gleichgiltig, ob die Anfechtung auf die Verhältnisse Dritter einwirkt oder nicht, ein Jahr seit Aufhören der Zwangslage oder Entdeckung der Ueberlistung, längstens jedoch 30 Jahre seit Abgabe der Willenserklärung. Im Sonderfall des § 166 Abs. 2 können sich beide Fristen noch verlängern.

Der Entwurf sieht in diesen Fristen keine Verjährungsfristen, denn da er das Anfechtungsrecht nicht als Anspruch auffaßt, ist auch seine „Anspruchsverjährung" hier unverwerthbar, und eine allgemeine Verjährung von Rechten kennt er nicht. Die Motive operiren hier wie in anderen Fällen mit dem Begriff der gesetzlichen präklusiven Befristung. Die Berechtigung dieser Unterscheidung kann nur in einer größeren Untersuchung über die Verjährungsgrundsätze des Entwurfs

[96]) I S. 206 unten.

Digitized by Google

und über seine Begriffe von subjektivem Recht und Anspruch erörtert werden; kurz absprechen läßt sich über die Frage nicht[97]).

Mag man nun den Begriff der Verjährung oder der gesetzlichen Befristung zu Grunde legen, jedenfalls hat der Entwurf richtig gethan, Beginn und Dauer der Anfechtungsfrist nicht in einer gemeinsamen Bestimmung (etwa zu § 113), sondern gesondert bei den einzelnen Anfechtungsfällen festzusetzen: die Fälle sind zu verschieden, um eine zusammenfassende Regelung zuzulassen. — Die Verjährung des Deliktsanspruches (§ 719) gegen den, der den Zwang oder die Täuschung begangen hat, wird selbstverständlich durch § 104 nicht berührt.

4. Besondere Rechtsgeschäfte. Bei Rechtsgeschäften von Todeswegen[98]) und bei der Eheschließung[99]) wirken Zwang und Ueberlistung ebenfalls Anfechtbarkeit[100]). Völlig übereinstimmend mit § 103 wirkt der Zwang Anfechtbarkeit, gleichgiltig, von wem er ausgegangen ist, die Ueberlistung bei einseitigen letztwilligen Verfügungen ebenfalls, da diese ja nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind, § 1780 ist also überflüssig[101]); bei der Eheschließung und bei vertragsmäßigen letztwilligen Verfügungen[102]) hingegen ist weiter nöthig, daß der andere Vertragschließende die von dem Dritten ausgegangene Ueberlistung „kannte oder kennen mußte". — Die Neufassung läßt in § 1259* Nr. 1 die Erwähnung der Ueberlistung fort, weil die Fälle der Ueberlistung, die rechtserheblich sein sollen, durch § 1259* Nr. 1 agedeckt sind.

Die besonderen Bestimmungen, welche der Entwurf über Form und Frist der Anfechtung wegen Zwangs und Ueberlistung für die Erbschaftsausschlagung, § 2040 Abs. 2, die Erbschaftsannahme, § 2041, und den Verzicht auf das Inventarrecht, § 2094 Abs. 5, giebt, sind hier nicht durchgeprüft worden.

§§ 104a*—104c*. Voraussetzung.

Die §§ 104a*, 104b* und 104c* handeln von der Voraussetzung, soweit sie sich nicht bloß auf die Erreichung der juristischen causa

---

[97]) § 104 Abs. 3 schreibt entsprechende Anwendung des § 166 vor. Wir streichen das „entsprechende" gemäß dem I S. 20 oben Gesagten.

[98]) §§ 1780, 1948, 1960 Abs. 2.

[99]) § 1259 Nr. 1.

[100]) Erbunwürdigkeit wegen Betrugs oder Drohung: § 2045 Nr. 3, dazu Motive V S. 518 fg.

[101]) Ungenau Motive V S. 322 Abs. 4.

[102]) §§ 1948, 1960 Abs. 2.

Digitized by Google

einer reinen Vermögensleistung bezieht; um die letzteren Fälle leichter zu unterscheiden, sprechen wir in ihnen von „rechtlichem Zweck“ [102]), nicht von „Voraussetzung“ der Leistung; über sie normiren die §§ 737 ff. Wo wir im Weiteren von Voraussetzung sprechen, werden die letzteren Fälle nicht mitgedacht. Wir wenden das Wort „Voraussetzung“ nicht bloß da an, wo die Voraussetzung auf künftige, sondern auch da, wo sie auf vergangene oder gegenwärtige Thatsachen geht [104]).

Der Entwurf enthält über die Voraussetzung folgende Bestimmungen:

1. Voraussetzung bei Leistungsgeschäften, § 742.

§ 742 gewährt allgemein eine Kondiktionshilfe, wenn das Rechtsgeschäft unter einer ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung [103]) errichtet ist und die Voraussetzung den „Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges“ zum Inhalt hat.

---

[103]) S. unten S. 54 N. 122.

[104]) Der Sprachgebrauch des Entwurfs schwankt in beiden Beziehungen. Bei der condictio indebiti § 737 heißt es: „Wer zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Leistung bewirkt hat“; in § 742 heißt es bei der condictio ob causam non secutam: „Wer unter der ... Voraussetzung des Eintrittes ... eines rechtlichen Erfolges eine Leistung bewirkt hat.“ Die Motive II S. 831 unten fg. sagen: „Zum Zwecke der Erfüllung, d. h. in Annahme des Bestehens der Verbindlichkeit und deshalb in der Voraussetzung des rechtlichen Erfolges der Tilgung dieser Verbindlichkeit“; sie sagen S. 832, bei der condictio indebiti „beziehe sich die Voraussetzung mindestens zugleich auf einen der Vergangenheit angehörenden Umstand“, und kombiniren dann Zweck und Voraussetzung, indem sie eine Erklärung des Leistenden fordern, „daß er zu jenem Zweck und in jener Voraussetzung leiste“. In § 1781 (und ebenso in § 1782) wird der Ausdruck Voraussetzung für die in der Vergangenheit oder Gegenwart liegenden Thatsachen mühsam vermieden; sonst wäre es einfach gewesen, so zu formuliren: „Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn sie unter einer ausdrücklich oder stillschweigend in der Verfügung erklärten Voraussetzung [scil. des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins eines in der Vergangenheit oder Gegenwart liegenden Umstandes oder des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges] errichtet worden ist und die Voraussetzung nicht zutrifft.“ In den §§ 290 Abs. 4 und 684 Abs. 2 wird jedoch der Begriff der Voraussetzung mit Rücksicht auf einen gegenwärtigen Umstand gebraucht, und in § 667 Abs. 2 heißt es allgemein: „Ist ... das Nichtvorhandensein eines Umstandes vorausgesetzt.“ In § 290 Abs. 1 und § 829 ist weiter von „Voraussetzung eines Rechtsgrundes“ die Rede.

[105]) „Unter der Voraussetzung“ §§ 742, 743 Nr. 1, 1229; „in der Voraussetzung“ § 290 Abs. 4, § 684 Abs. 2.

Digitized by Google

a. Thatbestand.

Nach § 742 ist die Voraussetzung nur erheblich, wenn das Rechtsgeschäft in dem „Bewirken einer Leistung" besteht. Leistung ist hier im allgemeinsten Sinne als Vermögensverschiebung gemeint. Dabei spricht der Entwurf zwar vom „Empfänger" der Leistung, damit ist aber doch wohl nicht nothwendig nur derjenige bezeichnet, der im Sinne des § 74 Empfänger der in der Leistung liegenden Willenserklärung ist. Man muß vielmehr annehmen, daß eine den Anforderungen des § 742 entsprechende Leistung auch dann vorliegt, wenn die Leistung durch ein faktisches Handeln (z. B. eine Arbeitsleistung) oder durch ein einem Dritten gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft (z. B. Bezahlung fremder Schulden) oder durch ein einseitiges, im Sinne des Entwurfs nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft erfolgt (z. B. wenn durch ein solches ein Recht an einem Grundstück aufgegeben wird[106]). Als Empfänger muß dann derjenige betrachtet werden, der in Folge der „Leistung" Rechte oder Rechtsvortheile gewinnen soll und gewinnt.

Hier liegen also keine Schwierigkeiten. In hohem Maße fraglich aber ist nach anderer Seite hin die Tragweite des Ausdrucks „eine Leistung unter einer Voraussetzung bewirken". Deutet man ihn in engerem Sinne, so begreift er lediglich die Fälle, wo eine reine Vermögensverschiebung zu einem sie erst juristisch charakterisirenden Zweck vorgenommen ist, die Voraussetzung wäre dann also bei allen Zweckgeschäften mit Ausnahme des Vergleichs immer unerheblich; nimmt man ihn in weiterem Sinne, so umfaßt er auch die Fälle, welche gerade hier in Frage stehen, die Fälle, wo der Erklärende eine Vermögensverschiebung und zugleich die giltige Festsetzung eines juristischen Zwecks (donare, credere u. s. w.), vornimmt, der auch erreicht wird, während die Voraussetzung den hinter dem juristischen Zweck stehenden weiteren Zweck betrifft (Voraussetzung bei Schenkung, bei Darlehen, bei Kauf u. s. w.). Die Auslegung des Entwurfs selbst führt nun zu keinem sicheren Ergebniß[107]), und wir neigen nur darum der weiteren Auslegung zu, weil der Entwurf sonst eine klaffende Lücke enthalten würde. Auch die Motive ergeben keine sichere Antwort, Manches in

---

[106]) §§ 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061.

[107]) Von der engeren Auslegung scheint Meischeider, Die alten Streitfragen, (Bekker und Fischer, Beiträge Heft 3), S. 73, von der weiteren scheint Lenel, civil. Archiv 74 S. 215, auszugehen.

Digitized by Google

ihnen spricht für[108]), Manches gegen[109]) die weitere Auslegung. Entscheidend scheint uns aber, daß nach den Motiven der § 742 die römische condictio ob causam non secutam behandeln will, welche zweifellos auch bei Kausalgeschäften vorkommt[110]), und daß dabei Windscheids Voraussetzungslehre zu Grunde gelegt ist, welche ebenso zweifellos auch bei nicht abstrakten Geschäften Anwendung haben will[111]).

Ist nun § 742 in diesem weiteren Sinne zu nehmen, so würden sich darunter schließlich auch die gegenseitigen Verträge begreifen lassen: man müßte, wenn z. B. ein Verpflichtungskauf unter einer Voraussetzung abgeschlossen ist, als die „Leistung" die kaufhalber eingegangene Verpflichtung betrachten. Fraglich würde selbst bei dieser weiten Auffassung des § 742 immer noch seine Anwendbarkeit auf eine Reihe einseitiger Rechtsgeschäfte bleiben, deren Wirkung als „Leistung" anzusehen man wohl Bedenken tragen darf: Kündigung, Ausübung einer Wahl Seitens des Gläubigers, Genehmigung u. s. w. Die Wirkungen dieser Rechtsgeschäfte sind mit Rücksicht auf ihre Kondizirbarkeit bisher meines Wissens nicht untersucht. Endlich ist der § 742 überhaupt niemals anwendbar auf Geschäfte nicht vermögensrechtlichen Inhalts, insbesondere auf familienrechtliche Geschäfte; bei diesen ist also die Voraussetzung immer unerheblich; nur für die Ehe macht § 1259 Nr. 1 eine engbegrenzte Ausnahme.

b. Rechtsfolge.

Bei Nichtzutreffen[112]) der Voraussetzung soll ein persönlicher Anspruch auf Rückgewährung der Leistung entstehen, welcher dem gutgläubigen „Empfänger" gegenüber auf die Bereicherung beschränkt ist: Kondiktionsanspruch[113]). Diese Anordnung macht Umwege nöthig.

---

[108]) So z. B., daß die Unanwendbarkeit des § 742 auf den Fall, wo beim Vergleich gewisse Umstände als sicher vorausgesetzt werden, nur daraus hergeleitet zu werden scheint, daß der § 742 lediglich von der Voraussetzung künftiger Umstände handle, Motive II S. 654. Ferner die Erörterung II S. 843.

[109]) So z. B., daß die Motive I zu § 102 den § 742 nicht erwähnen, ferner daß sie II S. 830, wo sie davon sprechen, daß auch die Begründung einer Obligation Leistung sei, lediglich auf das abstrakte Schuldversprechen des § 684, nicht auch auf sonstige obligationsbegründende Geschäfte verweisen.

[110]) Zum Beweis genügt l. 5 D. de a. e. v. 19, 1.

[111]) Voraussetzung S. 108 ff., Pand. § 98.

[112]) Der Entwurf sagt: die Voraussetzung erfüllt sich nicht, geht nicht in Erfüllung § 742, 743, 744, 1781. Das paßt nur für zukünftige Umstände.

[113]) § 744. Für den Fall des Vergleichs § 667: „so kann der Vertragschließende verlangen, daß der Vergleich rückgängig gemacht werde. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften des § 744 entsprechende Anwendung". Dazu Motive II S. 655.

Digitized by Google

Handelt es sich z. B. um einen gegenseitigen Vertrag, so kann nicht etwa der Kauf für und gegen beide Theile umgestoßen, sondern nur die einzelne Leistung kondizirt werden. Der A, welcher die Voraussetzung gemacht hat, kondizirt also seine Sachleistung oder, wenn er noch nicht erfüllt hat, die entstandene Verpflichtung; der Gegner B bleibt dann seinerseits immer noch verpflichtet, er kann nur auf dem Wege einer weiteren Kondiktion, die er anstellen muß, (oder defensiv einer exceptio) seiner eigenen Verpflichtung ledig werden. Diese zweite Kondiktion müßte er so begründen: er habe sich verpflichtet unter der Voraussetzung, daß die Verpflichtung des A zur Leistung oder diese Leistung selbst bestehen bleibe. Ich wüßte wenigstens, da die Kondiktion des A den Vertrag selbst unberührt läßt, keinen anderen Weg dem unglücklichen Gegner zu helfen; auf den Weg der condictio ob causam finitam verweisen auch in einem Einzelfall die Motive II S. 655. Diese und ähnliche Schwierigkeiten entspringen daraus, daß der Entwurf die Voraussetzung nur in Beziehung zu der einzelnen Leistung und nicht zu dem ganzen Rechtsgeschäfte betrachtet.

2. Voraussetzung beim Vergleich, § 667.

§ 667 stimmt inhaltlich mit § 104b* überein, kann also, wenn § 104b* angenommen wird, fehlen[114]). Die Formgebung des § 667 Abs. 2 ist übrigens in zwei Punkten angreifbar:

1. „Ist . . . von den Vertragschließenden vorausgesetzt". Dieser Ausdruck, daß beide Parteien dieselbe Voraussetzung gemacht haben müssen, ist jedenfalls unrichtig. Hätten beide Parteien wirklich dieselbe Voraussetzung gemacht, so wären auch beide zur Aufhebung des Vertrages berechtigt. Daß der Entwurf hier nicht meint, was er sagt, geht deutlich aus den Motiven II S. 655 hervor. Sie erklären jenen Vordersatz dahin: „wenn entweder beide Theile bei dem Vertragsschlusse von der irrigen Voraussetzung ausgingen, oder wenn nur ein Theil sich in dieser Lage befand, der andere Theil aber dies gewußt hat. Letzterenfalls eignet sich der wissende Theil die Voraussetzung des irrenden anderen Theiles an". Dieses „Sichaneignen" ist ein sehr dunkler Ausdruck. In Wahrheit steht es hier nicht anders als bei allen anderen Voraussetzungen: es genügt, daß der Eine unter einer Voraussetzung handle und daß dem Anderen die Thatsache der Voraussetzung kenntlich gewesen sei; gleichgiltig hingegen bleibt, ob

[114]) Wie weit dann noch ein Bedürfniß besteht, den § 666, der lediglich eine Begriffsbestimmung des Vergleichs liefert, beizubehalten, kann hier nicht untersucht werden; vgl. Motive II S. 650fg.

Digitized by Google

auch er, falls er die Irrigkeit der Annahme gekannt hätte, seine Erklärung unterlassen, oder ob er sie — was nicht selten anzunehmen sein wird — trotzdem abgegeben hätte.

2. „Ist . . . von den Vertragschließenden ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt". In allen anderen Fällen verlangt der Entwurf, daß die Voraussetzung „ausdrücklich oder stillschweigend erklärt" sei[115]). Die angeführte Wendung des § 667 kann nur eine Abkürzung sein: der Gegensatz von ausdrücklich und stillschweigend kommt nur mit Rücksicht auf Erklärungen vor. „Stillschweigend" heißt aber nichts als: dem Anderen erkennbar, ohne daß es ausgesprochen ist. Unmöglich kann doch gemeint sein, daß beim Vergleich die beiden Parteien die gleiche Voraussetzung gemacht haben müssen, ohne daß indeß die eine Partei von der Voraussetzung der anderen zu wissen brauche. Ich verstehe daher nicht, was die Motive meinen, wenn sie II S. 655 sagen: „Dagegen verlangt der Entwurf hier (beim Vergleich), abweichend von § 742, aus praktischen Gründen nicht die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Voraussetzung, um einer zu strengen oder zu engen Auslegung der Vorschrift vorzubeugen".

3. Voraussetzung bei der Eheschließung, § 1259 Nr. 1.

Eine Anfechtbarkeit wegen irrthümlicher Voraussetzung giebt es, wenn wir die Worte des § 1259 Nr. 1 ansehen, zwar nicht; der Sache nach ist sie aber durch den dritten Theilsatz der Nr. 1 in beschränkter Weise eingeführt, indem die Wirksamkeit gewisser Voraussetzungen auf fingirten Betrug zurückgeführt wird. Denn daß in den dort genannten Fällen häufig kein wirklicher Betrug vorliegen wird, ist klar; die Motive V S. 76 fg. sagen: „Nicht selten wird es zweifelhaft sein, ob eine Rechtspflicht des einen Theiles, dem anderen die betreffenden Umstände zu offenbaren, angenommen werden kann, und ob der erstere diese Umstände in betrügerischer Absicht verschwiegen hat, damit der andere Theil nicht von der Schließung der Ehe zurückgehalten werde". Warum dann aber die Fiktion eines Betruges? Die Bestimmung wird ja dadurch nur schwerer verständlich. — Ob die Bestimmung des § 1259 Nr. 1 sachlich zu billigen ist, erörtern wir hier nicht[116]).

4. Voraussetzung bei Rechtsgeschäften von Todeswegen, § 1781.

Bei allen Rechtsgeschäften von Todes wegen, sowohl bei einseitigen letztwilligen Verfügungen (§ 1781), und zwar gleichgiltig ob

[115]) § 290 Abs. 4, § 684 Abs. 2, §§ 742, 1229, 1781.

[116]) § 1259 Nr. 2 ist übrigens besser vor Nr. 1 zu stellen, weil der Entwurf auch in §§ 95 ff., 1779 ff. den Fall des Willensmangels voranstellt.

Digitized by Google

sie vermögenswerthe Rechte gewähren oder nicht (z. B. Benennung eines Vormundes § 1636, oder eines Testamentsvollstreckers § 1889), wie auch bei Erbeinsetzungsverträgen (§§ 1948, 1960 Abs. 2) giebt der Entwurf jeder Voraussetzung, auch der auf Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichteten, rechtliche Wirksamkeit, verlangt aber, daß ihr Dasein[117]) aus der Verfügung selbst zu entnehmen sei. § 1781* stimmt mit § 1781 sachlich überein, nur daß die Neufassung das letztgenannte Erforderniß fallen läßt[118]).

Die Wirkung des Nichtzutreffens der Voraussetzung ist ein Anfechtungsrecht desjenigen, dem — so kann man kurz sagen — die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zu Gute kommen würde, § 1784 Satz 1[119]). Uebrigens giebt das Recht der erbrechtlichen Anfechtung, wie es der Entwurf gestaltet hat, zu mancherlei Zweifeln, Fragen, Bedenken Anlaß, insbesondere wenn man noch die Anfechtung der Aufhebung einer Verfügung mit in Betracht zieht. Ist es z. B. zweckmäßig, daß die Anfechtung formlos und nicht durch Erklärung vor dem Nachlaßgericht zu geschehen hat? Ist es zu billigen, daß, wenn versehentlich der A statt des B, der nicht Intestaterbe sein würde, eingesetzt ist, nunmehr weder A noch B sondern der Intestaterbe eintritt? Der Beantwortung dieser und ähnlicher Fragen soll dadurch nicht vorgegriffen werden, daß § 1781* mit dem Entwurf einfach von „Anfechten" spricht: die Neufassung will in dieser Hinsicht nichts Abschließendes bieten.

Auch das lassen wir dahingestellt, ob und wie die Anfechtungsfrist des § 1785 zu kürzen ist. Nur eines bemerken wir. Nach § 1785 Abs. 2 beträgt die Anfechtungsfrist längstens 30 Jahre von dem Zeitpunkte an, in welchem die letztwillige Verfügung verkündet worden ist. Dies paßt nicht für die Fälle, wo ein nach § 1934, 1935 erfolgter Widerruf einer letztwilligen Verfügung angefochten werden soll, ferner nicht für Fälle, wo die Urkunde der letztwilligen Verfügung nicht mehr vorhanden ist, sodaß eine Verkündung nicht erfolgen kann. § 1785 Abs. 2 bedarf also einer Ergänzung oder Abänderung; vielleicht empfiehlt es sich, die dreißigjährige Frist in allen Fällen von der Annahme der Erbschaft (in dem Sinne, den dieser Begriff durch § 2029 erhalten hat) beginnen zu lassen.

---

[117]) § 1781 Abs. 2 sagt „der Irrthum", was Goldschmidt S. 162 mit Recht rügt.

[118]) Damit wird auch die Erwähnung einer Erklärung in §§ 1782*, 1783* unnöthig.

[119]) Eine Einschränkung macht § 1784 Satz 2; wir lassen diesen Satz unbearbeitet.

Digitized by Google

5. Vermuthete Voraussetzung. §§ 1229, 1782, 1783.

In diesen Fällen wird eine gesetzliche Vermuthung für das Dasein einer Voraussetzung bestimmten Inhalts aufgestellt und zugleich dieser Voraussetzung, ohne daß eine Erklärung der Voraussetzung erfordert wäre, rechtliche Bedeutung ertheilt. Von dem Erforderniß der Erklärung wird dabei Abstand genommen [120]). § 1229 sagt: die Voraussetzung sei als vorhanden „anzusehen, sofern nicht ein anderer Wille des Gebers erhellt". Aehnlich § 1783 Abs. 3. Hingegen sagt § 1782: das Vorhandensein dieser bestimmten Voraussetzung sei „im Zweifel anzunehmen". Das ist etwas sehr Anderes: „im Zweifel" würde eine Art bloßer Auslegungsregel anzeigen, die Berufung auf einen abweichenden Willen zeigt immer eine Dispositivvorschrift an. So auch Motive V S. 52 Abs. 1 verglichen mit S. 54 Abs. 2; und doch paraphrasiren die Motive zu § 1229 ihn mit der Wendung „im Zweifel". Schwerlich soll auch ein Unterschied zwischen § 1782 und 1783 gemacht werden. Der Ehegatte hat letztwillig zu Gunsten des anderen Gatten verfügt. Die Ehe ist nichtig oder wird geschieden — die Verfügung soll anfechtbar sein. „Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Wille des Erblassers erhellt, daß die letztwillige Verfügung auch in dem eingetretenen Falle Geltung haben soll". So sagt § 1783 Abs. 2. Ist damit erfordert, daß sich der Erblasser den Fall der Nichtigkeit oder der Scheidung der Ehe bei der Verfügung bewußt vorgestellt und irgendwie hat klar werden lassen, er wolle für diesen Fall die Anfechtung ausgeschlossen wissen? oder genügt nicht auch hier, daß nur anzunehmen ist, er würde, an jenen Fall denkend, ebenso verfügt haben? Selbst wenn das Erstere gemeint ist, wäre der Ausdruck unrichtig, denn die Voraussetzung bringt den Willensinhalt hervor, ist aber nicht selbst Wille. Es müßte vielmehr heißen: die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Wille des Erblassers sie auszuschließen erhellt, oder: wenn erhellt, daß der Erblasser seine Verfügung unter Berücksichtigung des eingetretenen Falles getroffen hat. Wie gesagt ist aber wahrscheinlich auch in §§ 1229 und 1783 nur das Zweite gemeint. Beide Auffassungen scheinen nun freilich praktisch auf Eins hinauszulaufen: denn eine Feststellung, wie der Erblasser bei Berücksichtigung dieses Falles verfügt haben würde, wird fast immer nur möglich sein, wenn der Erblasser den Fall irgendwann einmal bedacht und sich über ihn geäußert hat. Der Unterschied würde aber im Beweis hervortreten: der abweichende „Wille" müßte bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung vorgelegen haben, das

[120]) § 1229 bedient sich dabei der Gedankenform, zu fingiren, daß die Voraussetzung stillschweigend erklärt sei.

Digitized by Google

wäre das Beweisthema, und solch Beweis wird selten gelingen. Leichter aber wird aus späteren Aeußerungen oder aus dem späteren Verhalten des Erblassers zu entnehmen sein, wie er damals bei der Errichtung der Verfügung verfügt haben würde, wenn er den nachher eingetretenen Fall bedacht hätte. Darum halten wir es für zweckmäßig, auch im Fall der §§ 1783 und 1229 nur ein „im Zweifel" zu setzen. Dies „im Zweifel" bedeutet hier keine wahre Auslegungsregel, denn es handelt sich um die Willensmotive nicht um den Willensinhalt, sondern heißt nur: Gegenbeweis ist zulässig.

Goldschmidt S. 191 fg. hat gerügt, daß § 1782 (und dasselbe würde von § 1229 gelten) durch seine Vermuthung einer Voraussetzung „einen reinen Konstruktionsversuch" gebe. Indeß das ist nicht der Fall. Die Verweisung auf die Voraussetzung ist sachlich völlig zutreffend und erspart die Nothwendigkeit, die von der Voraussetzung geltenden Regeln (z. B. für § 1782 den § 1784 Satz 2) aufs Neue auszusprechen[121]). Wir behalten in unserer Neufassung daher die Verweisung auf die Voraussetzung bei. Im Uebrigen bedarf die Neufassung (§ 1783 Abs. 2 ist in Uebereinstimmung mit § 1229 gefaßt) keiner Erklärung; sachlich wäre nur zu bemerken, daß wir den § 1229 auch auf solche Leistungen zum Zeichen des eingegangenen Verlöbnisses, welche von Dritten (z. B. von dem Brautvater) gemacht sind, ausgedehnt haben.

---

[121]) S. auch Petersen, Berufung zur Erbschaft (Bekker und Fischer Beiträge Heft 16) S. 47.

Digitized by Google

Sechster Titel.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

Der Entwurf faßt mit dem Ausdruck „unerlaubte Rechtsgeschäfte“ die verbotenen und die unsittlichen Rechtsgeschäfte zusammen. Ob der Ausdruck gut gewählt ist, brauchen wir nicht zu erörtern, denn jedenfalls besteht kein Bedürfniß, durch die Schaffung eines zusammenfassenden technischen Ausdruckes die Rechtssprache noch mehr zu belasten.

Da wir noch eine weitere Bestimmung in diesen Titel einfügen, welche die inhaltliche Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte, je nachdem sie abstrakt oder kausal sind, feststellt (§ 104d*), ändern wir die Ueberschrift in „Inhalt der Rechtsgeschäfte“.

§ 104d*.

Der Unterschied zwischen den in ihrer Giltigkeit von ihrem Rechtsgrund oder Zweck unabhängigen (abstrakten) und den von ihrem Rechtsgrund oder Zweck abhängigen (kausalen) Vermögensverschiebungsgeschäften[122]) beherrscht das ganze Vermögensrecht des Entwurfs, und doch fehlt im Entwurf eine zusammenfassende ausreichende Bestimmung hierüber. Nach zwei Richtungen hin ist hier einzugreifen.

1. Der Entwurf hat keine allgemeine Anordnung darüber, welche Rechtsgeschäfte abstrakt, welche kausal sind; vielmehr ist bei den einzelnen abstrakten Rechtsgeschäften gesagt, daß sie abstrakt seien. Klarer

---

[122]) Vergl. Theil I S. 29. — Wir halten den Begriff „Zweck“ für den sachgemäßen, s. schon Irrthum S. 412; auch Lenel, civ. Arch. Bd. 74, verwendet diesen Begriff, in seinen Formulirungen kommt aber daneben auch (S. 237 fg.) „ohne rechtlichen Grund“ vor. Weil man gerade bei Obligationsbegründungen meist statt vom „Zweck“ vom „Verpflichtungsgrunde“ spricht, haben wir in § 104d* Abs. 1 a. E. beide Worte nebeneinander gesetzt. — Daß wir auch die Schenkung zu den rechtlichen „Zwecken“ rechnen (anders Lenel a. a. O. S. 231), können wir hier nicht genauer rechtfertigen. — Ueber „Zweck“ und „Voraussetzung“ s. oben S. 46, über den Sprachgebrauch des Entwurfs ebenda N. 104.

Digitized by Google

und übersichtlicher ist aber doch wohl ein allgemeiner, alle in Betracht kommenden Rechtsgeschäfte umspannender Satz. Auch ist im Entwurf nicht immer sicher, ob ein Rechtsgeschäft kausal oder abstrakt ist. So steht es z. B. mit der Schuldübernahme: ist die Schuldübernahme des § 314 (zwischen Gläubiger und neuem Schuldner) wegen Mangels eines giltigen „Rechtsgrundes" direkt nichtig oder bloß ope exceptionis wieder aufhebbar? Ist sie das letztere, dann gehört sie zu den abstrakten Verträgen.

Unser § 104d* versucht den Inhalt des Entwurfs wiederzugeben. Gegen die weitgehende Zulassung abstrakter Rechtsgeschäfte, wie sie der Entwurf enthält, giebt es sicherlich gewichtige Bedenken [123]); wir glauben trotzdem, daß die Grundlage des Entwurfs nicht verändert werden darf; doch kann das hier nicht näher erörtert werden. — Durch § 104d* sollen überflüssig werden § 290 Abs. 2 Satz 1, § 829 Abs. 1, § 294 Abs. 2 Satz 2, § 874 Abs. 1 Satz 2; ferner die Verweisungen auf § 829 in §§ 834, 841, 983, 1087, 1091, 1106, 1107, 1134, 1144, 1147, 1196 [124]).

2. Auch der Inhalt des Begriffs der „Abstraktheit" eines Rechtsgeschäftes ist im Entwurf nur in unvollkommener kasuistischer Weise bezeichnet. § 290 Abs. 2 und § 829 bestimmen nämlich: 1) die Angabe des Rechtsgrundes [125]) sei zur Wirksamkeit des Vertrages nicht erforderlich. Das paßt überhaupt nur auf formalisirte Verträge, nicht aber z. B. auf die Cession. 2) Gleichgiltig sei ferner: a) daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder b) daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden, c) oder ungiltig war. Diese drei Fälle erschöpfen, von allen anderen Bedenken abgesehen, die vorhandenen Möglichkeiten nicht; beispielsweise giebt es Fälle, in denen die eine Partei einen Rechtsgrund überhaupt nicht oder doch im Rechtssinne nicht vorausgesetzt hat, z. B. weil sie handlungsunfähig war. § 104d* [126]) sucht auch in dieser Beziehung in Abs. 2 vollständig zu sein [127]).

---

[123]) Beachtenswerth Strohal in den Jahrb. f. d. Dogm. 27 S. 335 ff.; theilweise für den Entwurf Gierke S. 188, dort auch Literatur.

[124]) Hingegen muß § 316 Satz 3 stehen bleiben.

[125]) Der Begriff des Rechtsgrundes tritt auch im Entwurf nicht mit voller Klarheit hervor, namentlich nicht das Verhältniß von „Rechtsgrund" und „Voraussetzung" (§ 742).

[126]) Zur Erklärung s. noch unten S. 63 N. 152 und N. 153.

[127]) Beiläufig: wenn ein Minderjähriger ohne seinen Mundwalt ein ihn belastendes Geschäft, z. B. einen Kauf abschließt, und sich aus diesem Kauf eine Sache übereignen, eine Forderung zediren läßt, oder wenn er sich eine Forderung erlassen läßt, so kann die Genehmigung des Mundwalts immer nur Be-

Digitized by Google

§ 105.

§ 105 erklärt gesetzlich verbotene Rechtsgeschäfte Mangels anderer gesetzlicher Bestimmung[128]) für nichtig. Diese subsidiäre Regel ist trotz aller Bedenken, die gegen sie vorliegen, schwerlich zu entbehren.

1. § 105 spricht von Rechtsgeschäften, „deren Vornahme verboten ist". Unter gleicher Rechtsregel stehen nach § 344 und § 1853 die Rechtsgeschäfte[129]), welche auf eine verbotene Leistung gerichtet sind. § 347 nennt beide Fälle ausdrücklich nebeneinander. Diese Ergänzung ist unnöthig[130]). Verbietet das Recht eine bestimmte Leistung, so verbietet es selbstverständlich auch den Vertrag u. s. w., der auf eine solche verbotene Leistung zielt, dieselbe also hervorzurufen geeignet ist. Da die Leistung nicht gemacht werden darf, wird ja auch kein Richter auf sie verurteilen dürfen; das Geschäft ist also schon deshalb wirkungslos. Deshalb kann es in § 105 einfach heißen: „Gesetzlich verbotene Rechtsgeschäfte", ebenso in § 347[131]); in § 344 kann dann die Nennung der Verträge auf verbotene Leistung fortfallen.

2. Was verbotene Geschäfte sind, sagt der Entwurf nirgends. Er selbst giebt seine Verbote nur durch die Bestimmung, das Rechtsgeschäft sei nichtig, oder es könne nicht vorgenommen werden. Dieselbe Redeweise hat der Entwurf aber auch da, wo der Grund der Nichtigkeit nicht in einem Verbot liegt, sondern wo irgend ein anderer Mangel vorliegt; man denke an die Nichtigkeit wegen Willensmängel,

---

deutung für das die Kausa bildende Geschäft haben; die Eigenthumsübertragung, die Zession, der Erlaß aber sind vollkommen giltig und wirksam, da der Minderjährige Geschäfte, durch welche er lediglich Rechte erwirbt, selbständig wirksam vornehmen kann, und Eigenthumsübertragung, Zession, Erlaß, eben weil sie abstrakt sind, ohne Rücksicht auf die Kausa zu beurteilen sind; sie sind nur bei Verweigerung der Genehmigung für das die Kausa bildende Geschäft durch Kondiktion angreifbar (§ 742). Wenn die Motive I S. 135 fg. diese Folgerung übersehen, so liegt darin ein zweifelloser Fehler, der dem Text des Entwurfes gegenüber bedeutungslos ist. Richtig Motive I S. 148 oben.

[128]) Wie vielfach solche andere gesetzliche Bestimmungen schon bisher vorkommen, hat die Studie von Fr. Endemann, die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, gezeigt. Ein Beispiel giebt sofort § 107.

[129]) Obligationenrechtliche Verträge, einseitiges Versprechen (§ 343), Vermächtniß.

[130]) Die Anschauung der Motive ist nicht sicher erkennbar; vergl. Motive V S. 154 mit II S. 178, 180.

[131]) § 347 bezieht sich indeß nur auf die bei Folge der Nichtigkeit verbotenen Verträge; ist der Vertrag trotz Verbotes giltig, so können §§ 345, 346, auf welche § 347 verweist, schwerlich Anwendung finden.

Digitized by Google

wegen Geschäftsunfähigkeit, wegen Unmöglichkeit[132]). Ob also mit der Sanktion der Nichtigkeit zugleich ein Verbot gemeint ist, das muß erst durch Auslegung aus dem vermuthlichen Zweck der Vorschrift festgestellt werden. Diese Feststellung, ob ein Verbot gemeint ist oder nicht, ist aus mancherlei Gründen von praktischer Wichtigkeit. Das Verbot will noch etwas Anderes als bloß dem Geschäft die civilrechtliche Wirksamkeit entziehen: auch „die äußere Handlung, die Vornahme selbst des verbotenen Rechtsgeschäftes soll verhütet werden“[133]). Zudem giebt es Rechtssätze, welche sich nur gerade auf verbotene, nicht auch auf sonst für nichtig erklärte Verträge beziehen. So sind z. B. in § 347 die §§ 345, 346, welche das Recht der auf Unmögliches gerichteten Verträge regeln, für anwendbar erklärt auch auf die verbotenen. Wenn nun z. B. ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter für den Fall der Aufhebung der Entmündigung einen Vertrag schließt, und die Entmündigung wird später aufgehoben, so ist der Vertrag trotzdem nichtig: § 346 findet nicht Anwendung, weil die Verträge Geisteskranker in § 64 zwar auch für nichtig erklärt sind, der Gesetzgeber aber ein *Verbot* derselben nicht beabsichtigt hat.

3. Die Frage, ob in dem Verbot eines zweckfetzenden Geschäfts zugleich das Verbot des abstrakten Leistungsgeschäfts liegt, so daß auch dieses nichtig wäre, ist im Entwurf nicht gelöst: die Antwort ist der Auslegung der einzelnen Bestimmungen überlassen.

4. § 105 erklärt die durch Gesetz verbotenen Rechtsgeschäfte für nichtig, sofern nicht *aus dem Gesetze* ein Anderes sich ergiebt. Das Gesetz braucht nicht dasselbe zu sein, wie das verbietende Gesetz; vgl. *Hölder* S. 101. Ein Mißverständniß in dieser Beziehung ist aber wohl, besonders bei der Neufassung, ausgeschlossen.

5. Der § 105 bezieht sich nicht auf Verbote, welche durch Vertrag oder richterliche Bestimmung gemacht sind. Zwar sagen die Motive an einer anderen Stelle[134]), die Unterscheidung zwischen gesetzlichem und richterlichem Veräußerungsverbot sei „überhaupt mehr äußerer Natur; mittelbar beruht auch das richterliche Veräußerungsverbot auf Gesetz“. Daraus wäre dann wohl zu schließen, daß in § 105 allgemein auch richterliche Verbote gemeint sind. Ebenso würde es aber

---

[132]) Gerade in § 344 tritt dies hervor. Hier werden für nichtig erklärt Verträge auf unmögliche und auf verbotene Leistung. *Verboten* werden aber damit nur die Verträge auf verbotene, nicht auch die auf unmögliche Leistung.

[133]) Fr. *Endemann*, Verbotsgesetze S. 82.

[134]) Zu § 107, I S. 212.

Digitized by Google

mit allen behördlichen Verboten, ja selbst mit Verboten durch Privatrechtsgeschäft stehen, soweit solche überhaupt möglich sind; denn in gleichem Sinne wie die richterliche ist auch jede Verfügung eines Einzelnen eine gesetzliche: auch sie wirkt nur, weil der dispositive sie sanktionirende Rechtssatz besteht[135]). Verbote durch Privatrechtsgeschäft sollen aber in § 105 sicher nicht mitgetroffen sein; demnach darf § 105 doch wohl auch auf gerichtliche Verbote nicht bezogen werden.

6. Der Abs. 2 des § 105* rechtfertigt sich durch das von Bähr, Kritische Vierteljahresschrift 30 S. 330fg., Gesagte.

7. § 347 (mit 346) sagt, daß ein verbotener obligatorischer Vertrag für den Fall, daß das Verbot aufgehoben werden sollte, giltig geschlossen werden kann. Dieser Satz[136]) findet ebenso auf sonstige verbotene Rechtsschäfte, z. B. sachenrechtliche, Anwendung. Es ist nicht einzusehen, warum hier etwas Anderes gelten soll. Will man also genau sein, so ist dem § 105 hinzuzufügen: gesetzlich verbotene Rechtsgeschäfte können für den Fall der Aufhebung des Verbots giltig errichtet werden. § 347 könnte dann insoweit fortfallen. Ihre Hauptbedeutung hat die dargestellte Regel freilich auf dem Gebiet der Schuldverträge; die Neufassung schlägt darum eine Aenderung nicht vor.

§ 106.

§ 106 erklärt die Rechtsgeschäfte, deren Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, für nichtig.

1. „Gegen die guten Sitten" ist Uebersetzung von contra bonos mores, aber nicht bezeichnend. Unser Sprachgefühl pflegt die guten Sitten in dem Gebiet der Sitte, nicht in dem der Sittlichkeit zu suchen. Daher ist es besser, das Wort „unsittlich" oder, wie wir unter Benutzung der Rubrik zu § 747 sagen, „sittlich verwerflich" zu verwenden[137]).

2. Neben dem Verstoß gegen die guten Sitten nennt § 106 auch noch den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung. Ebenso § 684 Abs. 3, § 743 Nr. 1, § 747 Abs. 1 und 3, während diese Worte in §§ 344 und 1853[138]) fehlen. Sie sind überflüssig. Oeffentliche Ordnung ist entweder Rechtsordnung — dann fällt ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bereits unter § 105, oder sittliche Ordnung —

[135]) Vgl. Irrthum S. 278ff.

[136]) Ob auch die Vorschriften des § 345, soll hier nicht untersucht werden.

[137]) Dieselbe Aenderung ist in §§ 344, 684 Abs. 3, 743 Nr. 1, 747 Abs. 1 und 3, 1853 und ebenso in § 705 zu machen.

[138]) Ebenso in § 705.

Digitized by Google

dann ist ein Verstoß gegen sie ein Verstoß gegen die „guten Sitten". Die Motive[139]) sagen, gemeint sei ein Verstoß gegen die allgemeinen Interessen des Staats, ein solcher brauche aber nicht zugleich ein Verstoß gegen die moralischen Interessen zu sein. Hiermit geräth man ins Bodenlose. Was sind „allgemeine Interessen des Staats", die nicht zugleich moralische und auch nicht rechtlich fixirte sind? Der Staat, zumal als privatrechtliche Person, hat unzählige Interessen, die durch Rechtsgeschäfte Dritter geschädigt werden können: die öffentliche Ordnung wird damit nicht verletzt. Die Motive exemplifiziren auf den § 1 der Gewerbeordnung: „Der Betrieb eines Gewerbes ist Jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind". Die mit diesem Prinzip sich in Widerspruch setzenden Verträge Einzelner sollen nach den Motiven gegen die öffentliche Ordnung aber nicht gegen die guten Sitten verstoßen und darum nichtig sein. Es kommt hier zunächst auf die Auslegung des § 1 an. Ist derselbe als ius cogens in dem Sinne gemeint, daß er auch gegenüber den Verträgen Einzelner, welche die Gewerbefreiheit beschränken, durchgreift, dann sind solche Verträge hier eben für *nichtig* erklärt. Sie sind dann nichtig, nicht weil sie gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, sondern weil sie in § 1 verboten sind: sie würden unter § 105 fallen. Diese Auslegung kann nicht richtig sein, weil dann eben *alle* die Gewerbefreiheit beschränkenden Verträge nichtig sein müßten. Will der § 1 hingegen bloß die prinzipielle Freiheit von gesetzlichen Beschränkungen aussprechen, so ist aus ihm auch für Privatverträge garnichts zu entnehmen. Thatsächlich erkennen denn auch unsere Gerichte solche Verträge als giltig an, wenn die dadurch herbeigeführte Beschränkung des Einzelnen keine übermäßige ist; ist sie das aber, dann wird sie für nichtig erklärt unter dem Gesichtspunkt, daß es unsittlich ist, die Freiheit des Individuums allzusehr zu beschränken[140]). Für diese Entscheidung ist der § 1 der Gewerbeordnung ganz belanglos; in gleicher Weise würden auch Verträge, welche die Freiheit des Individuums auf nicht gewerblichem Gebiet lahmlegen, für nichtig zu erklären sein[141]). Die Worte „die öffentliche Ordnung" sind daher besser fortzulassen.

3. § 106 spricht von Rechtsgeschäften, deren „Inhalt gegen die guten Sitten verstößt". Wiederum stehen nach § 344 und 1853 unter gleicher Rechtsregel die Rechtsgeschäfte, welche auf eine unsitt-

---

[139]) I S. 211.

[140]) Kohler, ges. Abhandlungen S. 62 ff. (gute Uebersicht über die Judikatur); Fr. Endemann, Verbotsgesetze S. 88 fg.

[141]) Gierke S. 169.

Digitized by Google

liche Leistung gerichtet sind. Diese Ergänzung ist auch hier unnöthig. Ohne Zweifel ist ein auf eine unsittliche Leistung gerichtetes Rechtsgeschäft ein Rechtsgeschäft unsittlichen Inhalts[142]). Die Erwähnung der Verträge auf unsittliche Leistung kann also in § 344 fehlen.

4. „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt". Nach den Motiven[143]) scheint es, als solle mit dem „Inhalt des Rechtsgeschäfts der Gegensatz gegen die Gesinnung der Parteien ausgedrückt werden; sie sagen, § 106 solle nur die Rechtsgeschäfte treffen, deren Inhalt unmittelbar, in objectiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletzt". Der Gegensatz kann ein doppelter sein. Meint § 106, daß das Rechtsgeschäft objektiv unsittlich sein kann, während die beiden Parteien subjektiv sittlich handeln? Bei der Natur unserer sittlichen Normen halte ich diesen Fall für praktisch nicht denkbar. Das objektiv unsittliche Geschäft wird stets auch subjektiv unsittlich sein.

Wahrscheinlich stellt § 106 den konstitutiven Inhalt des Rechtsgeschäftes selbst in Gegensatz gegen die außerhalb des Rechtsgeschäftes stehenden subjektiven Zwecke und darum die subjektive Gesinnung der Partei. Ob der Wortlaut des § 106 diese Beschränkung wirklich enthält, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist sie nicht in vollem Umfange aufrecht zu erhalten. Man denke nur an unsittliche Bedingungen bei Rechtsgeschäften[144]). Z. B. ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung die Konfession zu ändern ist unsittlich niemals bloß „in objektiver Hinsicht" sondern nur durch die Gesinnung der Parteien; „wenn ich weiß, daß ein Geistlicher mit dem Gedanken umgeht, aus reiner Ueberzeugung seine Religion zu ändern und dadurch die Mittel seiner Subsistenz verlieren würde, und ich ihm nun für den Fall, daß er seiner Ueberzeugung folgen und dadurch brodlos werden sollte, eine Unterstützung verspreche"[145]), so liegt kein verwerfliches Geschäft vor; wohl aber wenn der Schenker durch Angebot irdischer Vortheile den Beschenkten zur Konfessionsänderung zu bestimmen sucht und der Beschenkte sich aus Habsucht zur Konfessionsänderung bewegen läßt. Die Verwerflichkeit des Geschäfts liegt hier lediglich in der Gesinnung der Parteien. Trotzdem wäre also das Geschäft giltig! Man darf auch nicht meinen, daß die Bestimmung des § 747 über die Rückforderung wegen verwerflichen Empfanges hier genügende

---

142) Zur Anschauung der Motive s. das Citat oben in Note 130. S. auch V S. 60 unten.

143) I S. 211; ebenso M. Rümelin, Selbstkontrahiren S. 283.

144) Dazu die Motive I S. 267 fg.

145) S. Wächter, Pandekten I S. 375.

Digitized by Google

Hilfe bringt. Denn der Entwurf läßt die condictio ob turpem causam ausgeschlossen sein überall da, wo auch der Geber durch die Leistung verwerflich handelt. Demnach kann in dem letztbesprochenen Fall verwerflicher Schenkung behufs Konfessionsänderung der Schenker sein Schenkungsversprechen wegen § 747 Abs. 3 nicht kondiziren: der Beschenkte würde also mit einer etwaigen Klage gegen den Schenker durchdringen, obwohl er selbst ebenfalls sittlich verwerflich handelte. § 106 muß deshalb auch Geschäfte umfassen, welche bloß durch die Gesinnung der bei ihnen betheiligten Personen verwerflich sind, deren Inhalt an sich hingegen weder sittlich noch unsittlich ist.

Andererseits ist hier doch eine Schranke nöthig; der Gesetzgeber ist bei der Abfassung des § 106 von einem ganz richtigen Gefühl geleitet gewesen. Nicht jeder zufällige subjektive Zweck der Parteien kann genügend sein, um das Geschäft selbst für die Beurtheilung der Rechtsordnung zu einem verwerflichen zu machen[146]). Man nehme den Fall, daß A dem B eine größere Summe schenkt zu dem ausgesprochenen Zweck, dadurch seine auf die Erbschaft hoffenden sehr bedürftigen Verwandten zu ärgern. Sicherlich ist das von dem Schenker sittlich verwerflich; aber auch der Beschenkte handelt mit der Annahme solches Geschenkes sittlich tadelnswerth. Trotzdem wird das Geschenk giltig sein müssen. Die Grenze nun zwischen den Motiven des Geschäfts, welche in so engem Zusammenhang mit ihm stehen, daß sie es selbst zu einem rechtlich verwerflichen machen, und denen, welche das Recht unberücksichtigt lassen darf, ist nicht in genügend deutlicher Weise zu ziehen. Wir müssen hier dem Richter die freie Beurtheilung anheimgeben; soviel ich in Erfahrung gebracht habe, hat sich diese Freiheit gerade in diesem Rechtssatz bisher schon bewährt[147]). Bei dieser Sachlage müssen wir aber jedenfalls den § 106 so weit fassen, daß dem Richter auch wirklich volle Freiheit bleibt. Wir lassen also die Erwähnung des Inhalts des Rechtsgeschäfts fort.

5. Wie steht es mit der Anwendbarkeit des § 106, wenn nur eine Partei bei dem Rechtsgeschäft verwerflich handelt? Gerecht wäre unseres Erachtens folgende Regel: liegt die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts (generell, der Art des Geschäfts nach) im Interesse derjenigen Partei, welche bei dem Rechtsgeschäft unsittlich verfuhr, so muß das Rechtsgeschäft nichtig sein; liegt sie hingegen im Interesse der ihrerseits nicht unsittlich handelnden Partei, so darf das Rechtsgeschäft nicht nichtig sein. Hiernach wäre, um das frühere Beispiel

---

[146]) Vgl. auch Motive V S. 60 unten.

[147]) S. Schilling S. 48 fg.

Digitized by Google

wieder aufzunehmen, das Schenkungsversprechen unter der Bedingung der Konfessionsänderung giltig, wenn der Schenker den Beschenkten in der Meinung und zu dem Zweck verspricht, durch Darbietung von Vermögensvortheilen ihn seiner Konfession abtrünnig zu machen, während der Beschenkte aus Ueberzeugung die Konfession ändern will und sich die Schenkung nur machen läßt, weil er mittellos ist; ließe sich hingegen der Empfänger aus Habsucht das Versprechen machen, während der Versprechende glaubt, daß er aus Ueberzeugung handele, so würde die Entscheidung auf Nichtigkeit lauten. Nichtig wäre es, wenn [148]) A dem B ein Geschenk als Belohnung für Dienste verspricht, für welche Bezahlung zu nehmen gegen die guten Sitten ist. Eine Unsittlichkeit seitens des Gebers braucht hier nicht vorzuliegen. Noch klarer ist das, wo A dem B schenkt unter der Bedingung, daß B ein geplantes Verbrechen unterlasse: auch hier also Nichtigkeit. Hingegen wäre ein Vermächtniß giltig, obwohl es aus unverhüllt unsittlicher Gesinnung hervorgeht, wenn seine Annahme für den Empfänger keine Unsittlichkeit enthält [149]).

Die vorgeschlagene Entscheidung ist im Entwurf zwar nicht ausgesprochen, aber sie ist seinem Willen gemäß. Daß er das Rechtsgeschäft nichtig sein lassen will, wenn bloß die an dem Rechtsgeschäft interessirte Partei unsittlich verfuhr, die andere nicht, ergiebt sich aus dem § 747 Abs. 1, der bei Leistung zu einer nur seitens des Empfängers verwerflichen Kausa condictio ob turpem causam eintreten läßt. Erklärbar ist das nur, wenn man eben annimmt, daß die Kausa, also das den Rechtsgrund der Leistung bildende zweckſetzende Geschäft [150]) wegen Unsittlichkeit nichtig und die Leistung eben deshalb sine causa ist. Für den Fall hingegen, daß das zweckſetzende Geschäft bloß von Seiten des Gebers, also der bei dem Geschäft eine Aufopferung machenden Partei unsittlich ist, ist ein Rückforderungsrecht nicht angeordnet [151]), es besteht mithin auch keines; folglich dürfen wir

---

[148]) Vgl. Motive II S. 849.

[149]) Vgl. Motive V S. 60.

[150]) § 747 Abs. 1 sagt: „Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes gegen die guten Sitten ... verstoßen worden". Mit dem „Rechtsgeschäft" ist hier vor Allem das den Rechtsgrund der Leistung bildende Geschäft, nicht das Leistungsgeschäft selbst gemeint. Vgl. auch Motive II S. 849 und unten S. 64. Auch hier braucht nicht der unmittelbare Inhalt des Kausageschäfts nichtig zu sein; die Erörterungen unter Nr. 4 treffen auch hier zu. Daher ist in § 747 Abs. 1 die Wendung „nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts" zu ändern. Auffälliger Weise fehlt diese Klausel in § 747 Abs. 3 und § 684 Abs. 3, von denen sofort die Rede sein wird.

[151]) Eine Ausnahme enthält § 684 Abs. 3; doch geht diese Bestimmung

Digitized by Google

annehmen, daß der Entwurf das zweckſetzende Geſchäft diesfalls für giltig hält. Dieſer letzteren Folgerung widerſpricht es nicht, daß bei beiderſeitiger Unſittlichkeit des zweckſetzenden Geſchäfts ebenfalls keine Rückforderung ſtattfindet, obwohl doch hier das zweckſetzende Geſchäft ſicherlich nach § 106 nichtig iſt: das Rückforderungsrecht iſt aber für dieſen Fall auch ausdrücklich durch die aus anderen Rückſichten gerechtfertigte Sonderbeſtimmung des § 747 Abſ. 3 verſagt, woraus hervorgeht, daß es der Konſequenz nach beſtehen würde; für den Fall der Unſittlichkeit bloß ſeitens des Gebers fehlt hingegen dieſe Verſagung des Rückforderungsrechts, eben weil es ſchon der Konſequenz nach nicht beſteht.

Fraglich iſt, ob die Beſtimmung, daß das Rechtsgeſchäft auch bei Unſittlichkeit lediglich der einen intereſſirten Partei nichtig ſei, in das Geſetz aufzunehmen iſt. § 106 müßte dann lauten: „Rechtsgeſchäfte, welche Seitens beider Parteien oder Seitens der Partei, welche von dem Rechtsgeſchäft Vortheil hat, ſittlich verwerflich ſind, ſind nichtig". Dieſe Erweiterung des § 106 wird indeß entbehrlich ſein. Denn wir glauben, daß die allgemeine Auffaſſung jedes auch nur von Seiten einer Partei unſittliche Geſchäft unſittlich nennt, wenn dieſe Partei es iſt, die den Vortheil vom Geſchäft hat, nicht hingegen, wenn ſie es iſt, die eine Aufopferung macht. Zudem wird ja auch die Hauptfolgerung der Nichtigkeit, die Rückforderbarkeit der Leiſtung, in § 747 Abſ. 1 [152]) ausgeſprochen. Nun trifft § 747 Abſ. 1 freilich nur die Fälle, wo aus dem einſeitig unſittlichen Geſchäft eine abſtrakte Leiſtung gemacht iſt. Indeß ſoviel wir ſehen können, handelt es ſich praktiſch auch nur um ſolche Fälle, wo das einſeitig unſittliche Geſchäft ſchließlich zu irgend einer abſtrakten Leiſtung führt [153]). Es genügt alſo wohl und macht zugleich das Geſetz klarer und durchſichtiger, wenn

---

ſicher zu weit: ſie iſt nur gerechtfertigt, wenn auch der Gläubiger durch die Annahme des Verſprechens, nicht wenn bloß der Schuldner durch die Erteilung verwerflich gehandelt hat.

[152]) In der Neufaſſung durch die Worte des § 104d* Abſ. 2: „wenn der rechtliche Zweck der Leiſtung . . . der Art iſt, daß der Empfänger durch die Annahme der Leiſtung verwerflich handelt"; § 737* Abſ. 1 verweiſt ja auf § 104d*. Zu dieſer Faſſung ſ. Lenel, civil. Archiv 74 S. 236fg.

[153]) Nimmt man dennoch § 106 in der ſoeben angegebenen genauen Faſſung auf, ſo könnte, da ſich aus der Nichtigkeit des Geſchäfts das Rückforderungsrecht dann von ſelbſt ergäbe, die Anordnung eines Rückforderungsrechts in § 747 Abſ. 1 fehlen; in der Neufaſſung wären die Worte „oder der Art iſt, daß der Empfänger durch die Annahme der Leiſtung verwerflich handelt" in § 104d* Abſ. 2 überflüſſig.

Digitized by Google

wir den Hauptfolgesatz mit dem Entwurf aussprechen und § 106 dafür ungeändert lassen.

6. Auch das abstrakte Leistungsgeschäft kann seinem unmittelbaren Inhalt nach sittlich verwerflich und darum nichtig sein, wenn schon solche Fälle praktisch kaum vorkommen werden. Einmal könnte jedes abstrakte Geschäft, auch die Eigenthumsübertragung, durch den Inhalt einer hinzugefügten Bedingung sittlich verwerflich werden; sodann wäre denkbar, daß eine abstrakte Forderungsbegründung wegen Verwerflichkeit der geforderten Leistung an sich verwerflich wäre; endlich könnten auch Erlaß und Zession einer Forderung zufolge dem besonderen Inhalt dieser Forderung schon an sich verwerflich sein. Ist aber das abstrakte Geschäft an sich unverwerflich, so ist die etwaige Unsittlichkeit der juristischen Kausa auf die Giltigkeit des abstrakten Geschäfts ohne Einfluß; insbesondere findet also Eigenthumsübergang trotz turpis causa statt, und es bleibt nur die Möglichkeit einer Kondiktion nach § 747 Abs. 1.

Dieser Wille des Gesetzes könnte zwar nach dem § 106 zweifelhaft sein[154]). Aber er läßt sich aus § 747 Abs. 1 entnehmen: wäre die Leistung selbst nichtig, so würde sich das Rückforderungsrecht schon aus dem allgemeinen Grundsatz des § 748 ergeben, § 747 Abs. 1 könnte also fehlen[155]). Er geht ferner mit Sicherheit aus § 684 hervor, wo für den besonderen Fall des abstrakten Schuldversprechens auch besondere Vorsorge getroffen ist, die unnöthig wäre, wenn schon die Nichtigkeit des § 106 Hilfe brächte. Um Zweifel auszuschließen[156]), sprechen wir die Unabhängigkeit des abstrakten Geschäfts von seinem Rechtsgrunde auch in dieser Hinsicht in § 104 d* ausdrücklich aus.

7. Verhältniß zwischen § 105 und § 106. Ist jedes verbotene Rechtsgeschäft auch sittlich verwerflich? Nein. Das Verbot wird nicht selten nur im Interesse einer bestimmten Partei erlassen: durch die Vornahme des verbotenen Rechtsgeschäfts handelt dann nur die Gegenpartei sittlich verwerflich. Das ist von praktischer

---

[154]) Denn das an sich unverwerfliche Kausalgeschäft (Schenkung) kann doch des mit ihm verfolgten ferneren Zwecks halber selbst verwerflich sein: gleicherweise, so könnte man schließen, müsse auch das abstrakte an sich unverwerfliche Leistungsgeschäft seines Zwecks halber nichtig sein.

[155]) Nur Abs. 2 und 3 wären nöthig.

[156]) Wie sie z. B. bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 1 des Reichswuchergesetzes vom 24. Mai 1880 vorgekommen sind; s. Entsch. des R.G. in Civilsachen VIII S. 96 ff., XI S. 191 ff.

Digitized by Google

Wichtigkeit, weil bei Verwerflichkeit des Geschäfts die eigenthümliche Regel des § 747 Platz greift. Als Beispiel diene ein Verstoß gegen das Wucherverbot: im Rechtssinne verwerflich handelt nur der Wucherer, nicht der Bewucherte [157]).

Ist jedes sittlich verwerfliche Rechtsgeschäft auch verboten? Der Sache nach ohne Zweifel. Der Entwurf aber versteht unter verbotenen Geschäften die unsittlichen nicht mit, wie z. B. aus §§ 344 und 1853 hervorgeht, wo beide nebeneinander genannt sind. Das hat auch praktische Bedeutung: die Rechtssätze, welche von verbotenen Geschäften reden, finden auf unsittliche nicht ohne Weiteres Anwendung. So steht es mit § 347 [158]).

§ 107.

Soweit ein gesetzliches Veräußerungsverbot im öffentlichen Interesse erfolgt ist, bewirkt es volle Nichtigkeit gemäß § 106 [159]). § 107 handelt nur von den Veräußerungsverboten, welche das Einzelinteresse bestimmter Personen schützen sollen.

1. Als Wirkung setzt er Unwirksamkeit der Veräußerung nur zu Gunsten der geschützten Personen. Damit ist dieselbe Kategorie der Unwirksamkeit eingeführt, welche schon mehrfach im bisherigen Reichsrecht begegnet (insbesondere K.O. § 6, St.Pr.O. § 326) und zu so vielen Zweifeln Anlaß gegeben hat [160]). Während die ebengenannten Gesetze von „Nichtigkeit" gegenüber dem Geschützten sprechen, redet der § 107 (und ebenso die Motive I S. 212) vorsichtiger von „Unwirksamkeit". Obwohl nun diese relative „Unwirksamkeit" mit allen ihren

[157]) Nach dem Reichswuchergesetz hat freilich auch der Wucherer ein Rückforderungsrecht, aber die verschiedene Rechtsstellung des Wucherers und des Bewucherten findet auch in jenem Gesetz ihren Ausdruck: Art. 3 Abs. 1 und 3.

[158]) Siehe Motive II S. 180. Uebrigens wäre es kein Schade, wenn der § 347, welcher die §§ 345, 346 auf verbotene Geschäfte für anwendbar erklärt, auch die unsittlichen Geschäfte mitumfaßte. § 345 freilich wird nicht anwendbar sein, da die objektive Unsittlichkeit des Geschäfts an sich den Parteien nicht entschuldbar unbekannt sein kann. Die Anwendung des § 346 auf verbotene Verträge unterliegt hingegen keinen Bedenken. Kann denn nicht sehr wohl eine, z. B. durch ein neues Gesetz sich fixirende, Aenderung der Beurtheilung eines Vertrages als eines unsittlichen erwartet und darauf hin ein Vertrag geschlossen werden, und sollte ein solcher Vertrag wirklich sofort nichtig sein?

[159]) Ueber die Ausdehnung auf gerichtliche Veräußerungsverbote s. oben zu § 105 unter Nr. 5.

[160]) Vergl. z. B. Fitting, Konkursrecht § 24 I. und Mandry, Civilr. Inhalt § 10 Z. 3a; bei Beiden weitere Literatur; ferner Windscheid, Pand. § 82 N. 8. Fr. Endemann, Verbotsgesetze S. 99 fg.

Digitized by Google

Schwierigkeiten bereits durch andere Reichsgesetze Bestandtheil des Reichsrechts ist, so liegt doch für den Entwurf kein Grund vor, diese Kategorie beizubehalten. Wenn der Geschützte die Unwirksamkeit nicht geltend macht, kann sich kein Dritter auf sie berufen, auch dem Geschützten selbst gegenüber ist die Verfügung solange in Kraft; sobald er aber die Unwirksamkeit geltend gemacht hat, ist die Verfügung Jedem gegenüber unwirksam. Mit anderen Worten: der Geschützte hat die Macht, die Veräußerung durch eine Willenserklärung seinerseits rückwärts zu vernichten, d. h. sie anzufechten; die Unwirksamkeit, welche § 107 anordnet, ist nichts als Anfechtbarkeit. Und zwar steht diese Anfechtung ganz unter den Regeln der gewöhnlichen Anfechtung. Die §§ 112, 113 sprechen weder im Entwurf noch in der Neufassung nur von der Anfechtung eigener Rechtsgeschäfte, sie sind ebenso auch auf die Anfechtung fremder Willenserklärungen zu beziehen. Insbesondere ergiebt sich von selbst, daß Anfechtungsgegner im Fall des § 107 nicht der durch das Verbot Beschränkte (der Verfügende) selbst, sondern der Empfänger der Verfügungserklärung oder bei einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung derjenige ist, der aus dem Rechtsgeschäft die Rechte oder Rechtsvortheile herleitet, „deren Aufhebung durch die Anfechtung bezweckt wird". — Eine gesetzliche Befristung des Anfechtungsrechts ist in der Neufassung nicht angeordnet, wie ja auch die Unwirksamkeit des Entwurfs keine zeitlich begrenzte ist.

2. „Welche Rechtsgeschäfte ein Veräußerungsverbot in seinen Kreis zieht, hängt von dem Inhalte des Verbotes ab" (Motive I S. 213); es war deshalb überflüssig, hier im § 107 Abs. 1 die einzelnen, möglicher Weise gegen das Veräußerungsverbot verstoßenden Geschäfte zu spezialisiren, es genügt vielmehr, von „Verfügungen" zu reden, welche gegen das Veräußerungsverbot verstoßen. Über den Begriff der „Verfügung" s. Theil I S. 47 ff.

3. Der Verfügung seitens dessen, gegen den das Verbot sich in erster Linie richtet, weil er an sich verfügungsberechtigt wäre, steht die Verfügung aus seinem Rechte gleich [161]): richterliches Urtheil, Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung. Dies sagt Abs. 1. Der Verdeutlichung halber stellen wir dies in einen eigenen Satz (Abs. 2*). Die Gleichstellung bezieht sich insbesondere auch auf das Recht der Anfechtung; die Frage, wer Anfechtungsgegner ist, bedarf auch hier wohl keiner besonderen gesetzlichen Antwort. Abs. 4 nimmt den Fall der Zwangsvollstreckung noch einmal auf. Er spricht ein Verbot der

[161]) S. Motive I S. 128 unten. Vergl. hierzu § 127 Abs. 4 und § 135.

Digitized by Google

Ueberweisung oder Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung aus („darf nicht veräußert werden"), und bezeichnet genau die Fälle, in denen das Verbot Platz greift: „wegen eines persönlichen Anspruches oder auf Grund eines Rechtes, welches in Folge des Verbotes unwirksam sein würde". Sein würde? wenn . . .? Der Ausdruck ist dunkel. Richtiger wäre wohl: welches in Folge des Verbots dem Geschützten gegenüber unwirksam (im Sinne des § 107) ist. Den Gegensatz bilden also die Rechte, welche schon „vor dem Inkrafttreten des Verbotes, mithin ohne Verstoß gegen dasselbe erworben sind". Dies ist nicht der einzige Fall, ebendahin gehören Rechte, welche mit der Einwilligung des Geschützten erworben sind. Aber beides ist selbstverständlich, wie die Motive selbst sagen: „mithin ohne Verstoß". Abs. 1 untersagt aber nur die Verfügungen, welche gegen das Verbot *verstoßen*, keine anderen. Es ist doch wohl überflüssig, dieß hier noch ausdrücklich hervorzuheben.

4. Der Abs. 4 sagt: die Zwangsveräußerung *darf* nicht geschehen. Die civilrechtliche Wirkung dieses Verbots ist indeß nicht volle Nichtigkeit, sondern eben jene in Abs. 1 bestimmte relative Unwirksamkeit. Insoweit ist der Abs. 4 vollkommen überflüssig. Nach den Motiven aber hat er doppelte Bedeutung.

Einmal ist er instruktionell[162]). Bedarf es indeß einer instruktionellen Vorschrift noch? Man hat nicht für nöthig gehalten, eine gleiche Mahnung auch an den durch das Verbot in erster Linie beschränkten Berechtigten zu richten, obwohl doch gewiß auch dort die Meinung des Rechts die ist, daß es jede Veräußerung gegen das Veräußerungsverbot unterlassen wissen will. Ist diese Mahnung hier nöthiger? Mir scheint, schon in dem *Verbot* liegt die Mahnung genügend ausgedrückt und kann darum hier fehlen.

Zweitens soll durch Abs. 4 auch „dem durch das Verbot Geschützten das Recht gewährt sein, der Veräußerung oder Ueberweisung zu widersprechen (C.P.O. § 690)". Auch das ist nicht genau. Will man die Worte der C.P.O. § 690: „Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe", wirklich streng auffassen, so greift § 690 trotz des § 107 Abs. 4 des Entwurfs nicht Platz. Denn die Rechtsstellung des durch Veräußerungsverbot Geschützten ist an sich noch kein „Recht an dem Gegenstande", auch hindert sie die Veräußerung nicht im Verhältniß zu dem Erwerber, sondern nur zu dem Geschützten. Sieht

[162]) Zu dem Sprachgebrauch „darf nicht — soll nicht" vgl. Fr. *Endemann* a. a. O. S. 104; Gegenbeispiele bei *Heilbut*, civil. Arch. 69 S. 419 ff. S. ferner z. B. Motive IV S. 25 Abs. 2.

Digitized by Google

man indeß über diese minutiösen Bedenken fort und interpretirt den § 690 freier, so daß auch das Veräußerungsverbot ein solches „Recht, welches die Veräußerung hindert", gewährt, dann ist die Anwendbarkeit des § 690 jedenfalls schon durch Abs. 1 gegeben, und Abs. 4 ist auch in dieser Hinsicht überflüssig [163]).

5. Die Vorschriften zum Schutz gutgläubiger Erwerber, z. B. § 877, finden „entsprechende Anwendung": Abs. 1 Satz 2 [164]). Solange § 877 so lautet wie er lautet, findet er allerdings nur „entsprechende", nicht direkte Anwendung. Wir lassen die Worte also stehen. Wünschenswerth wäre es freilich, § 877 (u. s. w.) so weit zu fassen, daß die Klausel in unserem Paragraphen ganz fehlen könnte.

6. Nach Abs. 3 verliert das Verbot durch Konkurseröffnung gegenüber den Konkursgläubigern „seine Wirkung". Wir sagen, „es wird kraftlos": denn die Wirkung einer bereits vorher stattgehabten Veräußerung (die Entstehung des Anfechtungsrechts) bleibt natürlich bestehen; ist aber noch keine Veräußerung geschehen, so ist auch noch keine Wirkung des Verbots eingetreten; also kann auch keine verloren werden. Sachlich bedeutet die Bestimmung, daß eine etwaige durch den Konkursverwalter geschehene Veräußerung nicht anfechtbar ist. Auch eine derartige Formgebung wäre für Abs. 3 möglich. Da Abs. 3 sachlich in nächstem Zusammenhang mit unserem Abs. 2* steht, schließen wir ihn gleich an diesen Absatz an.

7. Die fiktive Wendung des Abs. 2, als gesetzliches Veräußerungsverbot *gelte* das rechtsgeschäftliche, ist ersetzt durch die Wendung, das letztere habe mit dem ersteren gleiche Kraft. Der Deutlichkeit des Ausdrucks halber haben wir auch erst in Abs. 4* das gerichtliche Veräußerungsverbot erwähnt. Zugleich erwähnen wir hier [165]) das von einer öffentlichen Behörde (einem Gericht oder einer sonstigen Behörde) erlassene Veräußerungsverbot. Die Worte „oder gerichtliches" in § 107 Abs. 1, die Anmerkung 1 zu § 107, sowie der Art. 7 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes können dann gestrichen werden.

---

[163]) Eventuell wäre bei Abs. 2* hinzuzufügen: „Auch kann der Geschützte gegen Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung, welche gegen das Veräußerungsverbot verstoßen, Widerspruch nach §§ 690, 808 der Civilprozeßordnung erheben."

[164]) Eine erweiternde Fassung verlangt Hartmann, Gutachten Heft 14 S. 1228 fg.

[165]) Gemäß dem Vorschlag Hartmanns a. a. O. S. 1234 fg.

Digitized by Google

Siebenter Titel.

Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Mit dem Wort Ungiltigkeit umfaßt der Entwurf zugleich die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit. Dieser Sprachgebrauch ist zwar weit verbreitet; aber er erschwert das Verständniß: denn wo nunmehr von Giltigkeit geredet wird, ist jedes Mal erst zuzusehen, ob diese Giltigkeit im Gegensatze gegen Nichtigkeit[166]) oder gegen Anfechtbarkeit gedacht wird. Solche Ausdrücke mit einem Doppelgesicht sollten aber in einer guten Terminologie soviel wie möglich vermieden werden. Wo einmal das Bedürfniß vorhanden ist[167]), Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zusammen zu behandeln, ist es wahrlich keine Erschwerung, beide Ausdrücke nebeneinander zu setzen. Zudem bringt die Unterordnung des Begriffs „Anfechtbarkeit" unter den Begriff „Ungiltigkeit" auch eine sachlich unrichtige Vorstellung hervor. Das anfechtbare Geschäft ist vor der Anfechtung — sofern nur alle sonstigen Erfordernisse vorliegen — durchaus wirksam: es ist aber gewiß sehr irreführend, ein wirksames Geschäft doch als ungiltig zu bezeichnen. Es empfiehlt sich demnach den Ausdruck „giltig" auf den Gegensatz gegen „nichtig" zu beschränken.

§ 108.

§ 108 giebt der Form nach einen anordnenden, sachlich nur einen begriffsentwickelnden Rechtssatz: er will sagen, worin die Nichtig-

---

[166]) So § 95, § 97 Abs. 2, § 98, § 99 Abs. 1 — in allen diesen Fällen kann das „giltige Rechtsgeschäft" trotzdem aus anderen Gründen anfechtbar sein. So sagt auch § 1251: „die Ehe wird vorbehaltlich der Anfechtung gültig". — Hingegen macht § 102 mit Giltigkeit thatsächlich einen Gegensatz gegen die Anfechtbarkeit.

[167]) Vgl. z. B. § 290 Abs. 2. — Da in Folge durchgeführter Anfechtung nach § 112 (verbunden mit § 108) das Rechtsgeschäft als nichtig angesehen wird, läßt sich meist mit der Erwähnung der Nichtigkeit auskommen: denn meist wird der Schluß berechtigt sein, daß das von der Nichtigkeit überhaupt Gesagte auch von der durch Anfechtung eintretenden nachträglichen Nichtigkeit gilt.

Digitized by Google

keit besteht. Die Begriffsentwickelung ist nicht gelungen. 1) Indem § 108 von „gewollten" rechtlichen Folgen spricht, stellt er sich in einer den sonstigen Bestimmungen des Entwurfs[168]) widersprechenden Weise ausschließlich auf den Standpunkt der Willenstheorie. 2) Wenn ein Wahnsinniger ein Testament errichtet, wenn Jemand ohne Fahrlässigkeit aus Scherz ein einseitiges Rechtsgeschäft vornimmt, so paßt es nicht zu sagen: dieses Rechtsgeschäft sei in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen als nicht vorgenommen anzusehen, denn in Wahrheit sind überhaupt keine rechtlichen Wirkungen gewollt[169]). Man könnte hier höchstens von „als gewollt erscheinenden" rechtlichen Wirkungen sprechen; denn damit man überhaupt in die Lage kommt, ein Rechtsgeschäft als nichtig zu prädiziren[170]), müssen die äußeren Umstände derart sein, daß man befürchtet, das Rechtsgeschäft werde als giltig angesehen werden. 3) Bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts treten auch solche Rechtsfolgen vielfach nicht ein, welche, wie z. B. die Haftung wegen Eviktion oder Mängel der verkauften Sache, selbst bei dem ganz normalen Rechtsgeschäft niemals auf den Willen des Erklärenden zurückgeführt werden dürfen. S. Hellmann S. 502. —

Wir halten eine Begriffsbestimmung der Nichtigkeit, wie sie § 108 liefern will, überhaupt für überflüssig und lassen § 108 daher fort.

§ 109.

§ 109 setzt die Begriffsentwickelung des Wortes Nichtigkeit fort. Der Entwurf kennt den Begriff der Nichtigkeit und der Unwirksamkeit. Die Nichtigkeit zeichnet sich dadurch aus, daß sie immer endgiltig, also nicht heilbar ist. Dies sagt § 109 („Gründe der Nichtigkeit" ist kein klarer Ausdruck), und in anderer Weise auch unser — übrigens wohl ohne Schaden entbehrlicher — § 109*. Nur bei der Ehe hat der Entwurf das Wort leider für einen anderen Begriff verwendet; da das aber aus den §§ 1250 ff. genügend hervorgeht, kann es hier unberücksichtigt bleiben.

Nichtig ist ein Rechtsgeschäft (s. Theil I S. 30 ff.):

1) wenn ein Errichtungserforderniß fehlt;
2) wenn eine nicht nachholbare objektive Voraussetzung seiner Wirksamkeit fehlt;

---

[168]) Z. B. § 97 Abs. 1, § 99 Abs. 1.

[169]) S. auch Strohal, Jahrb. f. d. Dogm. 28 S. 373 Note 27.

[170]) Irrthum S. 300: „Die Prädizirung eines Rechtsgeschäfts als nichtig bedeutet also nur, daß für die Rechtswirkung, welche mit dem scheinbaren Rechtsgeschäft als beabsichtigt erscheint, der erforderliche Thatbestand nicht vorliegt".

Digitized by Google

3) wenn sicher ist, daß eine nachholbare objektive Voraussetzung seiner Wirksamkeit nicht mehr eintreten kann;
4) wenn bei unvollendetem Thatbestande eine „vernichtende Thatsache" (s. I S. 31, 32) eingetreten ist.

Unwirksamkeit eines Geschäfts[171]) ist der weitere Begriff. Sie kann endgiltig sein, dann ist sie gleich Nichtigkeit; sie kann aber auch einstweilig sein: eine nachholbare Voraussetzung der Wirksamkeit des Geschäfts steht noch aus[172]). Der Entwurf spricht übrigens von (endgiltiger) Unwirksamkeit auch bei Ausfall einer Bedingung; das Wort Nichtigkeit wird hier vermieden[173]). Demnach fallen die Begriffe Nichtigkeit und Unwirksamkeit vielfach zusammen. Ein scharfer Unterschied in dem Gebrauch beider Worte läßt sich im Entwurf nicht nachweisen; eine nähere Darlegung dieser Thatsache ist nicht lohnend.

§ 110.

§ 110 Abs. 1 ist nur eine Anwendung des in § 109 ausgesprochenen Satzes, kann darum fehlen. Daß die Formgebung unrichtig ist, zeigt Goldschmidt S. 65. § 110* Abs. 1 enthält statt dessen eine Art Auslegungsregel. Daß Umstände vorliegen können, welche deutlich machen, daß eine Neuerrichtung nicht beabsichtigt sein würde, bedarf wohl keines Beweises. — Abs. 1* sagt „aufs Neue errichten", ebenso der Entwurf „erneuete Vornahme". Der Ausdruck ist wohl erlaubt, obwohl die erste Vornahme nichtig oder gar nur dem Schein nach eine gewollte Vornahme war.

---

[171]) In § 138 heißt ausnahmsweise die Obligation selbst „unwirksam".

[172]) Der Entwurf bezeichnet öfter (z. B. §§ 62 Abs. 3, 1761, 1764, 1810, 1812, 1813, 1869, 1870, 1876, 1883, 1936) das Definitivwerden der bisher schwebenden Unwirksamkeit als „unwirksam werden". Das ist sicher eine peinliche Durchbrechung des sonstigen Sprachgebrauchs: denn danach wäre e contrario zu schließen, daß vor dieser definitiven Entscheidung eine wirksame Erklärung vorgelegen habe, was doch nicht der Fall ist, da eben ein Wirksamkeitserforderniß noch ausstand. Man sollte daher auch diese Ungenauigkeit vermeiden und lieber von „unwirksam sein", wie z. B. § 1868, oder von „unwirksam bleiben" oder „nicht wirksam werden können" sprechen. Noch schlimmer und gewiß unzulässig ist es, wenn sogar hier und da im Gegensatz gegen die sofort und endgiltig entschiedene Unwirksamkeit die Unwirksamkeit, welche sich noch in Wirksamkeit verwandeln kann, als Giltigkeit bezeichnet wird, wie das in § 65 Abs. 3, § 1681 Abs. 1 geschieht. In völlig analogen Stellen ist denn auch einfach die „Wirksamkeit" in Frage gestellt, §§ 123, 1300; s. Theil I S. 50 Note 69.

[173]) S. Motive I S. 216, Windscheid Pand. § 82 N. 1.

Digitized by Google

Abs. 2 giebt eine zweckmäßige Auslegungsregel. Wenn zwei Parteien bei Nichtigkeit eines Vertrages den Worten nach den Vertrag nicht noch einmal schließen, sondern die eigenthümliche Ausdrucksweise wählen, den alten Vertrag zu bestätigen, so wird der Grund meist der sein, daß sie eine obligatorische Rückwirkung der Vertragschließung wollen. Als Analogie diene es, daß ein Gesetz, welches in Form einer authentischen Interpretation eines älteren Gesetzes auftritt, im Zweifel „rückwirkende Kraft" haben, d. h. auch auf frühere Fälle angewendet werden will. Die gleiche Auslegungsregel ist übrigens auch bei einseitigen Rechtsgeschäften möglich. A hat ungiltig gekündigt. Nachher schließen A und B einen Vertrag, kraft dessen sie die alte Kündigung bestätigen. Das heißt: es sollen die Wirkungen eintreten, welche eingetreten wären, wenn die damalige Kündigung sofort wirksam geworden wäre.

Die Wendung „sind untereinander so berechtigt und verpflichtet" kehrt auch sonst im Entwurf wieder, s. §§ 130, 427. Sie ist aber nicht genau. Abs. 2 denkt offenbar nur an obligatorische Verträge, den Worten nach umfaßt er aber auch andere, z. B. Eigenthumsübertragungen, Servitutbestellungen u. dgl. Also z. B. ein am 1. Mai nichtig vorgenommener Eigenthumsübertragungsvertrag wird am 15. Juli bestätigt. Nunmehr *sind* die Parteien nach Abs. 2 unter einander so berechtigt, also auch dinglich berechtigt, als wenn der am 1. Mai geschlossene Uebereignungsvertrag sofort giltig gewesen wäre. Unter den Parteien würde mithin das Eigenthum als schon am 1. Mai, im Verhältniß zu Dritten hingegen als erst am 15. Juli übergegangen gelten. Mit dieser äußerst verwickelten Konstruktion wäre nichts gewonnen. Wir nehmen also an, § 110 meine lediglich „gegen einander forderungsberechtigt". Aber auch so ergeben sich noch Bedenken. Das „unter einander" soll wohl besagen, besagt aber nicht, daß die Fiktion des Abs. 2 dritten Personen gegenüber keine Kraft hat. A hat z. B. mit dem B einen unentgeltlichen Vertrag geschlossen, der nichtig ist. Er bestätigt denselben später und verfällt dann in Konkurs. Die Bestätigung liegt innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung, die erste Vertragschließung ist länger als ein Jahr her. Sollen nun in Folge der Bestätigung die Parteien schon vom ersten Zeitpunkt an berechtigt und verpflichtet *sein*, so ließe sich zweifeln, ob die Schenkung nach § 25 Nr. 1 der R.K.O. wirklich anfechtbar ist, was sie doch nach dem Abs. 1 unseres § 110 offenbar sein soll.

Wir wählen mithin besser eine andere Formgebung. Die Rechtswirkung des Vertrages tritt erst mit dem Tag der Bestätigung ein. An dieser Thatsache kann keine Parteiabsicht etwas ändern. Die Parteien können sich nur, wie die Motive I S. 218 sehr viel

Digitized by Google

richtiger sich ausdrücken, verpflichten, „die Rechtslage unter sich so zu ordnen, als wenn der Vertrag von der Zeit an gültig gewesen wäre, zu welcher der nichtige Vertrag geschlossen worden ist". Dies drückt denn auch § 110* Abs. 2 aus.

§ 111.

§ 111, der die sogenannte Konversion behandelt[174]), bedarf nach mehreren Seiten hin der Aenderung. Unrichtig erscheint mir die Ausdrucksweise des Vordersatzes: „Entspricht das beabsichtigte Rechtsgeschäft allen Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes". Welches ist das „beabsichtigte" Rechtsgeschäft? Es ist das, welches nicht verwirklicht worden ist, welches also nur in der Absicht des Erklärenden existirt. Es hat keinen Sinn zu fragen, ob dieses beabsichtigte Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines gewissen anderen Rechtsgeschäfts entspricht, eben weil das erstere nichts wirkliches ist. Vielmehr kommt es nur darauf an, ob das, was an Thatsachen insbesondere an Handlungen der Parteien wirklich vorliegt, obwohl es nicht genügt, um das beabsichtigte Rechtsgeschäft a zu bilden, doch vielleicht genügt, um das andere Rechtsgeschäft b zu bilden. Die Neufassung versucht dies auszudrücken; es ist wohl kein Fehler, wenn sie mit dem Entwurf von „Vornahme" des beabsichtigten aber nichtigen Rechtsgeschäfts spricht; siehe über diesen Ausdruck oben zu § 110 i. A.

Die Konversion soll nur Statt haben, „wenn dies dem aus der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäftes sich ergebenden Willen gemäß ist". So der Entwurf. Also: ist das Rechtsgeschäft a gewollt, so soll das Rechtsgeschäft b gelten, wenn das Rechtsgeschäft b gewollt ist. Das ist das Skelett des § 111. Wie kann sich aber denken lassen, daß a gewollt ist und doch zugleich auch b gewollt ist? Höchstens so, daß beide alternativ bezw. primär und eventuell gewollt sind[175]). Aber an diesen Fall denkt § 111 wohl nicht: für ihn bedürfte es keiner besonderen Bestimmung. Vielmehr denkt § 111 an den Fall, daß eine rechtsgeschäftliche Absicht in voller juristischer Ausprägung vorliegt, eine Absicht also, welche die Art eines bestimmten Rechtsgeschäfts bereits umfaßt. Für dieses bestimmte Rechtsgeschäft liegen nun die Erfordernisse nicht vor. Wohl aber liegen sie für ein anderes Rechtsgeschäft vor, welches zwar als solches vom Erklärenden durchaus nicht gewollt ist, also auch nicht, wie § 111 sagt, seinem

---

[174]) Ein Fall der Konversion wurde schon oben I S. 122, 131—132 besprochen. Zwei andere Beispiele siehe in den Motiven zu § 111.

[175]) Vgl. Motive zu § 111: „Geht dabei die Absicht der Parteien eventuell dahin".

Digitized by Google

„Willen gemäß ist“; es ist vielmehr nur seinen Interessen, wie sie aus der Beabsichtigung des ersten Rechtsgeschäfts erkennbar sind, gemäß: die gleiche oder eine ihr ganz nahe stehende empirische Absicht wird durch eine andere Rechtsform erreicht. Das zweite Rechtsgeschäft wird in diesem Fall, um unsere frühere Terminologie zu gebrauchen, kraft geänderter Absicht aufrecht erhalten (s. Theil I S. 96). Der Ausdruck der Neufassung entspricht dem in § 114* verwendeten.

§ 112.

§§ 112 und 113 handeln von der Anfechtung von Rechtsgeschäften. Nach den Motiven[176]) beziehen sie sich nur auf die Anfechtung von Rechtsgeschäften, nicht auch 1) auf die Anfechtung von „Rechtsverhältnissen“: Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes § 1471 ff., Anfechtung des Erbschaftsanfalls wegen Erbschaftsunwürdigkeit § 2046 ff. Die rechtlichen Wirkungen, welche hier rückgängig gemacht werden sollen, sind nicht durch Rechtsgeschäfte herbeigeführt; das ist der einzige Unterschied dieses Falls der Anfechtung von unserem Fall, bei dem es sich im Uebrigen im Ergebniß gerade so wie hier um Anfechtung von Rechtsverhältnissen handelt. Denn Anfechtung des Rechtsgeschäfts ist schließlich auch nichts anderes als Rückgängigmachung der bereits eingetretenen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts und zugleich Unmöglichmachung des Eintretens weiterer Rechtswirkungen des Geschäfts (s. § 2046 Abs. 2 Satz 2). 2) Auf die Anfechtung nach der R.K.O. und dem Anfechtungsgesetz. 3) Auf die Anfechtung der Ehe § 1259 ff. Diese beiden Arten der Anfechtung haben in den betreffenden Rechtsvorschriften selbständige Regelung erfahren. Ueber die Anfechtung fremder Rechtsgeschäfte siehe oben zu § 107 unter Nr. 1.

§ 112 sagt, worin rechtlich die Anfechtbarkeit besteht, § 113 Abs. 1, 2, wodurch die Anfechtung geschieht. § 112* stimmt sachlich mit § 112 überein. Ob die starke Wirkung, die „dingliche Rückwirkung“, welche der Entwurf der Anfechtung giebt, zweckmäßig ist, kann nicht allgemein, sondern nur bei den einzelnen Fällen der Anfechtung erörtert werden. Die Schlußklausel „es sei denn, daß durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtung vorgeschrieben sind“ ist nach den Motiven mit Rücksicht auf den Fall des § 1277 hinzugesetzt, „in welchem die Anfechtung nur für die Zukunft wirkt“. Da aber § 1277 dies in Abs. 3 ausdrücklich sagt, so ist diese Klausel in § 112 überflüssig.

---

[176]) I S. 218, s. indeß auch die Aufzählung I S. 221 oben.

Digitized by Google

§ 113.

1. § 113 Abs. 1 enthält den wichtigen Satz, daß die Anfechtung — natürlich abgesehen von besonderen Fällen, wie sie die Motive I S. 221 oben aufzählen — durch formlose Willenserklärung geschehen kann; Klage ist nicht nöthig. Wie weit es sich übrigens empfehlen würde, in einzelnen Fällen durch Sonderbestimmungen die Anfechtung zu formalisiren, kann hier nicht erörtert werden [117]).

2. Die Anfechtungserklärung ist empfangsbedürftig. Der Berechtigte [118]) hat sie abzugeben gegenüber dem Anfechtungsgegner. Anfechtungsgegner ist:

1) wenn das anzufechtende Rechtsgeschäft ein Vertrag war, der Vertragsgegner, wenn es ein empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft war, der Empfänger. Dies versteht sich nicht von selbst. War z. B. Eigenthum durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft von A auf B übertragen, und B hatte das Eigenthum dann an C weitergegeben, der die Anfechtbarkeit kannte oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte, so will A durch die Anfechtung sein Eigenthum wieder erlangen; die Anfechtung bringt also eine Wirkung zwischen A und C hervor, das Eigenthum fällt von C auf A zurück. Trotzdem soll die Anfechtung gegenüber dem B geschehen. Das rechtfertigt sich dadurch, daß der Grund des Uebels eben doch im Verhältniß von A zu B liegt; hier ist der Sitz der Krankheit: daß derzeit C Eigenthümer der früheren Sache des A ist, das hat sozusagen nur symptomatische Bedeutung. C steht dann nicht anders als hätte er von einem Nichteigenthümer erworben.

2) Bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften ist die Anfechtung Jedem gegenüber möglich, „welcher aus dem Rechtsgeschäfte ein Recht in Anspruch nimmt, dessen Aufhebung durch die Anfechtung bezweckt wird". Diese Bestimmung ist meines Erachtens formell wie materiell zu beanstanden.

a) Anfechtungsgegner soll sein, wer „ein Recht in Anspruch nimmt". Möglich doch aber auch, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft die Aufhebung eines den Gegner belastenden Rechts zum Inhalt hatte [119]), so daß der Gegner das Erloschensein dieses Rechts für sich

---

[117]) Vergl. den Vorschlag Strohals, Jahrb. f. d. Dogm. 27 S. 461 oben.

[118]) Daß nur er sie abgeben kann, versteht sich von selbst, da das eben im Begriff des „anfechtungsberechtigt sein" liegt. Die Worte „von dem Anfechtungsberechtigten" in Abs. 1 können also fehlen.

[119]) Dahin gehören vor Allem die Fälle des Verzichts auf bestimmte dingliche Rechte, §§ 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061.

Digitized by Google

geltend macht. Vielleicht ist die Wendung „Rechte und Rechtsvortheile“ weit genug: auch das Freiwerden von einer Belastung wird man als Rechtsvortheil bezeichnen dürfen[180]).

b) „welcher ein Recht in Anspruch nimmt“. Auch dieser Ausdruck ist ungeeignet, er läßt an den Fall denken, daß der Anfechtungsberechtigte mit dem Gegner über das Zustehen des Rechts streitet, das braucht aber nicht der Fall zu sein.

c) „ein Recht, dessen Aufhebung durch die Anfechtung bezweckt wird“. Diese Worte sind irreführend. Geschieht die Anfechtung, so sollen alle Rechtswirkungen des Geschäfts hinfällig werden, nicht bloß die Rechtswirkung, welche zu Gunsten gerade dieses bestimmten Gegners eingetreten ist[181]). Welche von diesen Rechtswirkungen dem Anfechtenden besonders lästig ist, so daß gerade ihre Aufhebung das Motiv der Anfechtung bildet, darauf kann nichts ankommen: das „bezwecken“ ist etwas rein Subjektives und darum hier Gleichgiltiges. Gemeint sein kann nur: Anfechtungsgegner ist Jeder, der Rechte u. s. w. erworben hat, welche durch die Anfechtung hinfällig werden.

d) „Jeder, welcher aus dem Rechtsgeschäfte ein Recht in Anspruch nimmt“. Das ist entweder zu eng oder zu weit. Ist gemeint, daß der Gegner unmittelbar aus dem Rechtsgeschäfte ein Recht u. s. w. erworben habe? Dann sind Fälle nicht mitgetroffen wie z. B. der, daß eine Eigenthumsaufgabe (§§ 872, 904) gegen den, welcher durch Zueignung der herrenlosen Sache Eigenthum erworben hat, angefochten wird. Der Gegner hat hier nicht unmittelbar aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäfte, sondern auf Grund desselben, aber durch Vermittelung einer eigenen weiteren Handlung ein Recht erworben. Soll hingegen „aus dem Rechtsgeschäfte“ bedeuten: „auf Grund des Rechtsgeschäfts, sei es unmittelbar, sei es mittelbar“ — nach den Motiven scheint das gemeint zu sein —, so ist es zu weit. Dieselben Gründe, welche dafür sprechen, daß im Fall eines empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts die Anfechtung gegenüber dem Empfänger selbst geschehen muß, mag auch das aufzuhebende Recht bereits vom Empfänger auf einen Sondernachfolger übergegangen sein, daß der Sondernachfolger also niemals Anfechtungsgegner ist, sprechen auch hier für eine analoge Regelung. Hat derjenige, dem das aufzuhebende Recht jetzt zusteht, dieses Recht erst auf Grund davon erworben, daß ein Anderer einen Erwerb aus dem nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte machte, so darf er nicht Anfechtungsgegner sein. Hat der eingesetzte Erbe eine Nachlaßforderung an den X weiter zedirt, so hat X diese Forderung

[180]) Vergl. hiermit Theil I S. 47.
[181]) So die Motive selbst I S. 221.

Digitized by Google

freilich mittelbar in Folge des Testaments erworben, weil ohne das Testament der Cedent selbst nicht forderungsberechtigt gewesen wäre; die Anfechtung des Testaments aber muß dem eingesetzten Erben, nicht seinem Zessionar gegenüber geschehen. Ebenso wenig darf derjenige der rechte Anfechtungsgegner sein, der die Nachlaßforderung etwa im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den eingesetzten Erben sich hat überweisen lassen. Die Neufassung Abs. 2 nimmt demnach hier eine beschränkende Klausel auf.

c) Die Anfechtung gegen den einen Anfechtungsgegner wirkt nach dem Entwurf gegen alle anderen möglichen Anfechtungsgegner[1-2]), selbst wenn sie von der Anfechtung nichts erfahren haben. Die Motive sagen zwar, dies habe geringe praktische Bedeutung. Indeß es giebt immerhin Fälle, in denen dieser Satz Bedeutung hat, und zwar wirkt er dann ungerecht und schädlich. Der Erblasser ist durch Drohung oder Irrthum bewogen worden, ein Testament überhaupt zu machen, oder ein gemachtes Testament aufzuheben. Die Anfechtung richtet sich hier gegen das Testament als solches, nicht gegen eine einzelne Verfügung; durch die Anfechtung wird also das Testament zu Ungunsten sämmtlicher in dem Testament bedachter Personen hinfällig. Nach dem Entwurf genügt nun Abgabe der Anfechtungserklärung gegenüber irgend einer der im Testament bedachten Personen, z. B. gegenüber einem Legatar, um das Testament gegenüber allen, also auch gegenüber den Erben zu vernichten. Derartige Beispiele lassen sich aber leicht mehr erdenken. Eine Aenderung scheint mir hier nothwendig. Der schwierigen Frage, wie weit eine Theilung der Anfechtungswirkung eintreten kann, soll in einer anderen Arbeit näher getreten werden. Hier nehmen wir nur das Ergebniß voraus: in so und so vielen Fällen kann die Nichtigkeit nur entweder ganz oder gar nicht eintreten. Darum können wir in Abs. 2* nicht sagen: die Anfechtung gegenüber einem der Anfechtungsgegner wirkt nur gegen ihn; wir können nur negativ sagen: sie wirkt nicht gegen die anderen möglichen Anfechtungsgegner. Ob sie gegen den ersten wirkt oder auch ihm gegenüber wirkungslos ist, beantworten wir nicht: das hängt davon ab, ob eine theilweise Nichtigkeit in dem besonderen Falle, um den es sich handelt, möglich ist oder nicht; ist sie nicht möglich, so bleibt die Anfechtung Einem gegenüber gegen ihn wie gegen alle Anderen wirkungslos: sie muß dann allen möglichen Anfechtungsgegnern gegenüber erfolgen.

3. Nach Abs. 3 wird das Rechtsgeschäft durch Genehmigung des Anfechtungsberechtigten unanfechtbar. Das was hier Genehmigung genannt wird, ist in Wahrheit nichts Anderes als ein einfacher Verzicht

[1-2]) Motive I S. 221.

Digitized by Google

auf das Anfechtungsrecht[183]). Warum der Entwurf das vielgebrauchte Wort „Genehmigung“ für diesen sehr andersartigen Begriff verwendet, ist nicht gut erklärlich. Wollte er den § 127 damit für anwendbar erklären? Aber Abs. 3 und 4 des § 127 sind unanwendbar, die Geltung des Abs. 2 versteht sich von selbst, und Abs. 1, der den Adressaten der Genehmigung bestimmt, ist unzureichend, da er die Genehmigung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen außer Acht läßt. Auch muß ohne Zweifel der Verzicht auf das Anfechtungsrecht immer dem Anfechtungsgegner gegenüber geschehen. Wir setzen also statt „Genehmigung“ „Verzicht“[184]).

§ 114.

Die schwierige Lehre von der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und der theilweisen Nichtigkeit erwartet immer noch eine durchdringende Bearbeitung. Der Unterschied der selbständigen und der unselbständigen Theile eines Rechtsgeschäfts (der Theile, die für sich allein den Inhalt eines Rechtsgeschäfts bilden könnten, und derer, die schon an sich betrachtet immer nur in Verbindung mit einem weiteren Erklärungsinhalt überhaupt einen Sinn ergeben) würde dabei höchst wahrscheinlich eine bedeutende Rolle spielen. Einstweilen müssen wir uns mit einer sehr allgemein gefaßten Regel, wie sie § 114 darbietet, begnügen. § 114 stellt darauf ab, ob das Rechtsgeschäft „auch ohne die ungiltige Bestimmung gewollt sein würde“. Das kann nur dahin ergänzt werden: wenn der Erklärende im Augenblick der Erklärung vor die Wahl gestellt worden wäre, ob er das Rechtsgeschäft ohne den ungiltigen Theil oder lieber überhaupt kein Rechtsgeschäft wolle[185]). Nach § 114 soll nun die Vermuthung für das Letztere sprechen. Präsumptionell zieht also Nichtigkeit eines Theils die Nichtigkeit des Ganzen nach sich, gleichgiltig ob dieser Theil selbständig oder unselbständig ist. Eine umgekehrte Präsumption enthält für letztwillige Verfügungen § 1787: hier ist aber ausschließlich von selbständigen Theilen („einer einzelnen in einem Testament enthaltenen Verfügung“) die Rede; ist ein Theil einer einzelnen letztwilligen Verfügung nichtig, so tritt wiederum die Regel des § 114 ein.

---

[183]) Oder sehen die Motive I S. 222 Abs. 1 („oder . . . was dem gleichsteht“) beides als thatsächlich verschieden an?

[184]) Entsprechend wäre auch § 1263 Abs. 1 und 3 und § 1948 Abs. 3 zu ändern.

[185]) Vgl. oben S. 28, 34.

Digitized by Google

Einen Anwendungsfall von § 114 bildet § 100, siehe oben S. 38; einen Anwendungsfall von § 1787 bildet § 1887 [186]), dieser Paragraph ist demnach wohl entbehrlich: er hat höchstens dadurch Wert, daß er klarstellt, die Auflage sei eine selbständige Verfügung im Sinne des § 1787 [187]). Ob das aber wirklich dem Zweifel unterliegen kann?

Hingegen behandeln § 78 und § 114 verschiedene Fälle, wie sie auch verschiedene Regeln geben [188]): § 78 spricht von unbeendeten, § 114 von teilweise nichtigen Rechtsgeschäften; man kann aber einen Punkt des Vertrages, über den die Parteien sich noch nicht geeinigt haben, wenn die Parteien dies wissen, nicht nichtig nennen: die Nichtigkeit setzt voraus, daß das Geschäft scheinbar ganz zu Stande gekommen ist.

§§ 114* und 1787* ändern nur stilistisch; statt Ungiltigkeit kann in § 114 Nichtigkeit gesagt werden, da es eben nur einen besonderen Fall der Nichtigkeit bildet, wenn sie in Folge von Anfechtung eines anfechtbaren Geschäfts entsteht. In § 1787 heißt es „Unwirksamkeit"; es sollen hier wohl Fälle mitgetroffen werden wie der, daß die Bedingung einer Verfügung ausfällt, daß ein Erbe ausschlägt u. s. w., Fälle, in denen das Wort Nichtigkeit nicht gern verwendet wird. Der bedenkliche Ausdruck „Grund der Ungiltigkeit, der Unwirksamkeit" (siehe auch § 109) wird besser vermieden.

---

[186]) Ueber den eigenthümlichen Sinn des Wortes „Wille" in § 1887 siehe Theil I S. 97.

[187]) Motive V S. 213 Abs. 1.

[188]) S. oben S. 34, 37 fg. und I S. 124. — A. M. wie es scheint Goldschmidt S. 70.

Digitized by Google

Achter Titel.

Vertretung und Vollmacht.

Wir erwähnen die Vollmacht in der Ueberschrift nicht, da wir keine eingehenden Regeln über sie aufstellen (s. § 119*). Statt Vertretung sagen wir[189]), dem üblichen Sprachgebrauch folgend „Stellvertretung", behalten im Uebrigen aber „Vertreter", „Vertretungsmacht" u. s. w. bei. Gemeint ist mit dem Wort nur die sogenannte unmittelbare Stellvertretung, und zwar die wahre Stellvertretung „im Willen": diesen Sinn des Wortes stellt § 116* klar. —

Vertretungsmacht hat einmal der Bevollmächtigte (der Vollmacht gleich wirkt nachträgliche Genehmigung), zweitens der „gesetzliche Vertreter" („Mundwalt"), drittens der Vertreter in den Sonderfällen der §§ 120 und 121. Hiernach wird Vollmacht und Vertretungsmacht im Entwurf streng unterschieden. Vollmacht ist Vertretungsmacht kraft rechtsgeschäftlicher Ertheilung durch den Vertretenen; dieses Rechtsgeschäft heißt Bevollmächtigung oder wohl auch selbst schon Vollmacht. — Auch der Begriff der „Ermächtigung" kommt auf dem Stellvertretungsgebiete vor: er verhält sich zu dem der Bevollmächtigung wie der Begriff der Vertretungsmacht zu dem der Vollmacht. Das geht aus § 118 hervor. Uebrigens ist dieses Wort hier besser außer Verwendung zu lassen, da es auch sonst noch in mancherlei Sinn im Entwurf gebraucht wird[190]).

Der Entwurf wendet den Begriff der Stellvertretung auch auf die Organschaft bei juristischen Personen an, obwohl hier ein völlig anderes Verhältniß vorliegt. Dies wäre also zu ändern. Wie weit einzelne bei der wahren Stellvertretung geltende Rechtssätze auf das Handeln der Organe juristischer Personen Anwendung finden, das kann

---

[189]) S. Hölder S. 110.

[190]) Z. B. kommt vor Ermächtigung 1) durch Behörden §§ 11, 1246, 1247; 2) durch das Gesetz § 469; 3) bei der Anweisung § 605; 4) als Begabung mit Verfügungsmacht §§ 67, 1675, 1513; 5) als allgemeine Einwilligung § 68. S. zu Nr. 4 u. 5 Theil I S. 63 fg., N. 81, S. 68.

Digitized by Google

nur im Zusammenhang einer Betrachtung des gesammten Rechts der juristischen Personen entschieden werden.

§§ 115—117 handeln von der Vertretung überhaupt, §§ 118 bis 122 von der Vertretung kraft Vollmacht, §§ 123—126 von der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Die Neufassung handelt zuerst von der Vertretung mit Vertretungsmacht (§§ 116*—121*), dann von der Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 123*—125*); § 117* Abs. 1 und § 122* beziehen sich auf beide Fälle, machen das aber auch kenntlich. — Ueber die gesetzliche Regelung des sogenannten Selbstkontrahirens s. M. Rümelin, Selbstkontrahiren S. 276 ff., einen gut formulirten Gesetzesvorschlag (als § 115a) macht Rümelin S. 293.

§ 115.

§ 115 sagt, ein Rechtsgeschäft könne durch einen Vertreter vorgenommen werden. Das muß bedeuten: ein Rechtsgeschäft ist giltig, auch wenn ein Vertreter es vornimmt; die Wirkungen desselben treten in der Person des Vertretenen ein. Dies ist aber doch nicht schlechthin richtig sondern nur dann, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hat, wie § 116 sagt[191]). Vertreter ist aber nach dem Sprachgebrauch des Entwurfs auch der, welcher im Namen eines Anderen ohne Vertretungsmacht Geschäfte vornimmt (s. z. B. §§ 124, 125). Insofern sich also § 115 auf die Vertreter mit Vertretungsmacht bezieht, besagt er nichts Anderes, als was § 116 auch besagt. Insofern er sich hingegen auf Vertreter ohne Vertretungsmacht bezieht, was dem Worte nach der Fall ist, ist er nicht richtig. Der Gestor — wie wir den Vertreter ohne Vertretungsmacht kurz nennen wollen — kann nach § 123 für den Anderen Verträge schließen, d. h. Vertragserklärungen abgeben und entgegennehmen; einseitige Rechtsgeschäfte kann er nach § 126 nicht vornehmen: kann er sie entgegennehmen? Nach dem Entwurf, wie er lautet, unzweifelhaft: denn § 115 spricht ganz allgemein die Zulässigkeit der Stellvertretung auch bei Entgegennahme von Geschäften aus, §§ 123—126 aber berühren diesen Fall nicht; trotzdem denken die Motive (I S. 245 Abs. 1) dies als ausgeschlossen. Die Diskrepanz ist klar. Da die Vertretung ohne Vertretungsmacht besondere Regel erhält, empfiehlt es sich, den § 115 auf Stellvertretung im Fall der Vertretungsmacht zu beschränken; er kann dann restlos in den § 116 aufgehen.

Ein Vertreter kann bei jedem rechtsgeschäftlichen Handeln für den Vertretenen thätig werden, er kann demnach Rechtsgeschäfte so-

[191]) Im Fall des § 122 ist sogar noch ein Mehreres erforderlich.

Digitized by Google

wohl vornehmen wie entgegennehmen; § 115 drückt dieses selbe Resultat von anderer Seite aus: ein Rechtsgeschäft kann sowohl durch einen Vertreter wie gegenüber einem Vertreter vorgenommen werden. Aber bei Vornahme gegenüber einem Vertreter handelt es sich in erster Linie darum, nicht ob die Vornahme giltig ist, sondern ob die Entgegennahme durch den Vertreter giltig ist[192]). Es empfiehlt sich daher mehr der Ausdruck der Neufassung § 116* Abs. 1. Statt Rechtsgeschäft ist besser Willenserklärung zu sagen, da auch einzelne Antrags- und Annahmeerklärungen mitgetroffen sein sollen[193]).

Die Zulässigkeit der Stellvertretung ist beschränkt durch die Klausel „sofern nicht das Gesetz oder die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht". Diese Klausel kann fehlen: wenn das Gesetz entgegensteht, ist das aus dem Gesetz selbst klar, und wenn die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht, wird auch ohne diese Klausel Niemand auf den Gedanken kommen die Stellvertretung zuzulassen. Bemerkt sein mag übrigens, daß auch die Parteien durch ein Rechtsgeschäft für ein künftiges Rechtsgeschäft die Zulässigkeit der Stellvertretung ausschließen können, ebenso wie sie auch eine Form bestimmen können (§ 91). § 115 gilt also nur im Zweifel. Der Hervorhebung im Gesetz bedarf dies indeß nicht.

§ 116.

§ 116 sagt, was unmittelbare Stellvertretung bedeutet: der Vertretene wird unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Dieser Ausdruck ist zu eng. Im Berechtigt- und Verpflichtetwerden erschöpft sich die Zahl möglicher Rechtswirkungen nicht: man denke nur an Freiwerden von dinglichen an eigener Sache bestehenden Rechten Dritter, an Freiwerden von Verpflichtungen u. dgl.[194]). Nur der Ausdruck „Rechtswirkungen" hat die nöthige Allgemeinheit.

Daß der Vertreter, der innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht handelt, in fremdem Namen handeln muß, stellt § 116 nicht erst als Erforderniß auf, denkt es vielmehr bereits im Begriff der „Vertretung" mitbegriffen. Er setzt es voraus, denn er sagt nur, daß es gleichgiltig sei, ob der Vertreter das Rechtsgeschäft ausdrücklich im Namen des Vertreters vornehme, oder ob die Umstände ergeben, daß dasselbe nach dem Willen der Handelnden[195]) im Namen des Ver-

[192]) S. auch Theil I S. 40.

[193]) Hölder S. 111: der zweite Grund daselbst ist richtig.

[194]) Vgl. oben S. 75 fg. und Theil I S. 46 fg.

[195]) d. h. der Parteien; handelnd ist hier auch, wer die Erklärung des Vertreters entgegennimmt. S. Thl. I S. 27.

Digitized by Google

tretenen vorgenommen werden solle. Hier sind demnach zwei Fälle für das „in fremdem Namen handeln„ gesetzt; in beiden wird auf den Willen, in fremdem Namen zu handeln, abgestellt. In Fall 1 wird dieser Wille dadurch kenntlich, daß er ausdrücklich erklärt ist, in Fall 2 ergeben die Umstände, daß er vorhanden ist. Damit ist genau dasselbe bezeichnet, was der Entwurf sonst „stillschweigend erklärten Willen" nennt. Wir sprechen kürzer von „Kenntlichkeit".

Auffällig ist, daß bei ausdrücklicher Erklärung nur der Wille des Vertreters, bei stillschweigender hingegen der Wille der Handelnden erfordert ist. Das müssen also beim Vertrag beide Parteien, beim einseitigen Rechtsgeschäft seitens des Vertreters der Vertreter und der entgegennehmende Dritte sein. Jene beiden Fälle stehen sich aber völlig gleich. Von einem Willen auf Seiten dessen, der die Erklärung bloß entgegennimmt, kann keine Rede sein. Es handelt sich bei ihm nicht um ein Wollen, sondern bloß um ein Auffassen der Erklärung des Anderen. Die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, bildet nun einen Bestandtheil der gesammten Willenserklärung des Vertreters und hat auf deren Sinn einen maßgebenden Einfluß. Wird dieser Theil der Erklärung dem Gegner nicht kenntlich, so versteht der Gegner die Erklärung im Ganzen genommen ihrer Unvollständigkeit halber anders als sie gemeint war: er glaubt, V erkläre im eigenen Namen, während V seine Erklärung als im Namen des D abgegeben meint. Hier liegt also ein Fall vor, der einzig und allein nach den Regeln des fünften Titels (Willensmängel) entschieden werden darf: war die Erklärung als Vertretererklärung objektiv kenntlich, so gilt sie als solche, war sie es nicht, so gilt sie als eigene Erklärung des Vertreters und dieser hat nur eventuell Anfechtungsrecht nach den Vorschriften der §§ 95* ff. Dabei kommt es auf eigene Fahrlässigkeit des Gegners an: denkbar ist ja, daß der Erklärende zwar seine Vertreterschaft nicht kenntlich macht, daß aber der Gegner sie bei Aufmerksamkeit (z. B. weil der Vertreter schon öfter als Vertreter mit ihm verhandelt hat) hätte kennen müssen. Eine besondere Bestimmung über diesen Fall ist demnach durchaus überflüssig. Ebenso müssen auch parallele Fälle einfach nach den Grundsätzen des fünften Titels entschieden werden: V will im Namen des X handeln, der Dritte faßt die Erklärung als im Namen des Y abgegeben auf; oder V will im eigenen Namen handeln, der Dritte faßt die Erklärung als im Namen des X abgegeben auf. Sowenig der Entwurf diese Fälle besonders regelt, sowenig brauchte er den ersten Fall in § 116 zu normiren.

Abs. 1, 2 sprechen davon, daß der Vertreter ein Rechtsgeschäft vornimmt, Abs. 3 davon, daß ihm gegenüber eine Willenserklärung

Digitized by Google

abgegeben wird. In Abs. 1 heißt es besser Willenserklärung statt Rechtsgeschäft, weil auch Abgabe einzelner Vertragserklärungen mitgetroffen sein muß. Die Vorschriften des ersten Absatzes sollen auf den Fall der Entgegennahme von Willenserklärungen durch den Vertreter entsprechende Anwendung finden. Also die des zweiten Absatzes nicht. Das ist unverständlich. Findet Satz 2 des Abs. 1 entsprechende Anwendung, so findet ebenso auch Abs. 2 diese Anwendung. Es fragt sich nur: was heißt „entsprechende Anwendung"? Auch hier haben die gewöhnlichen Irrthumsregeln der §§ 95*ff. zu entscheiden. Macht A dem B eine Erklärung, indem er den B dabei als Vertreter des X ansieht, so muß A dies Letztere kenntlich machen; wenn B dann wirklich Vertretungsmacht für X hat, so bedarf es besonderer Bestimmungen nicht mehr: sofern B versteht, was A will, treten die Wirkungen für und gegen X unmittelbar ein; glaubt B hingegen — der Fall läßt sich als möglich konstruieren, z. B. bei Vertragsanträgen —, daß A ihm selbst, nicht ihm als Vertreter des X erklären wolle, so kommt es auch hier wiederum auf die Unterscheidungen an, die wir im fünften Titel kennen gelernt haben. Analog steht es beim Vertreter ohne Vertretungsmacht. Ausnahmen und Einzelheiten sind immer vom Uebel; sie müssen beseitigt werden, und das geschieht insbesondere hier, indem die Regeln des fünften Titels auch hier schlechthin angewendet werden.

Demnach ergiebt sich für §§ 115, 116 die vereinfachte Fassung des § 116*.

§ 117.

Die Entscheidungen des § 117 sind, soweit nicht § 118* eingreift, richtig, aber bei sachgemäßer Auffassung der Stellvertretung schwerlich dem Zweifel ausgesetzt. Es wäre demnach keine Lücke vorhanden, wenn § 117 fortgelassen wäre. Zudem ist die Aufzählung unvollständig; z. B. ist das Erforderniß der Handlungsfähigkeit nicht erwähnt. § 117* ändert nur redaktionell. Neben den Willensmängeln ist der Irrthum noch besonders erwähnt, weil der Irrthum auch als Begleitirrthum rechtlich in Betracht kommen kann. Statt „Wissenmüssen" ist besser „Nichtwissen" zu setzen.

§ 117 sagt, die Erheblichkeit von Drohung und Betrug sei aus der Person des Vertreters zu beurteilen. Damit kann nur Drohung und Betrug *seitens* des Dritten, nicht *gegen* den Dritten gemeint sein; denn daß eine Drohung oder Ueberlistung gegen den Dritten immer erheblich ist, auch wenn sie nicht seitens des Vertreters, sondern seitens des Vertretenen erfolgt ist, kann § 117 natürlich nicht leugnen wollen; s. auch Motive I S. 228. § 117* stellt jenen Sinn des § 117

Digitized by Google

außer Zweifel. Keiner besonderen Entscheidung bedarf der Fall, daß der Vertreter den Dritten bedroht oder überlistet. Die in den Motiven I S. 227 unten gegebene Entscheidung, daß jeder Betrug des Vertreters gegen den Vertretenen wirkt, ist zwar nach dem Entwurf nicht immer selbstverständlich, nach unseren Vorschlägen (§ 103*) aber ist sie es. Denn wir ließen die Willenserklärung anfechtbar sein, gleichgiltig von wem die Ueberlistung ausgegangen ist; von einem Schadensersatz zu Gunsten des gutgläubigen Vertretenen kann aber keine Rede sein, da der Vertreter, der die Willenserklärung des Ueberlisteten als Vertreter entgegennimmt, dabei die Anfechtbarkeit derselben kennt, und diese Kenntniß nach § 117* gegen den Vertretenen wirkt.

§ 118.

Einwendungen gegen § 118 machen mit Recht Hölder und Hellmann. Auch mir scheint § 118 der Form wie der Sache nach änderungsbedürftig. Eine Kritik des § 118 und eine Rechtfertigung der in der Neufassung versuchten Lösung der berühmten Frage kann indeß nur durch eingehende prinzipielle und kasuistische Erörterungen gegeben werden. In der Besorgniß, daß solche Erörterungen hier allzuweit abführen würden, lege ich einstweilen nur das Ergebniß selbst in § 117* Abs. 2 vor und füge bloß eine erklärende Bemerkung bei. § 117* Abs. 2 legt kein Gewicht darauf, ob der Gegner den Inhalt der Vollmacht kannte oder nicht. Stellt sich z. B. der Vertreter in einem bestimmten Punkte als selbstbeschließend dar, während die Vollmacht diesen Punkt genau bestimmte, so kommt es doch auf Irrthum u. s. w. des Vertretenen, nicht des Vertreters an[196]); der Vertretene darf durch dieses unrichtige Auftreten so wenig Schaden leiden wie dadurch, daß der Vertreter den Dritten über den Umfang oder Inhalt der Vollmacht sonstwie täuscht. Auf Mittheilungen des Vertretenen selbst oder auf eine schriftliche Urkunde kann sich natürlich der Dritte auch in dieser Hinsicht gemäß §§ 120, 121 verlassen. Liegt eine solche nicht vor, so bleibt dem Dritten nur die Möglichkeit, sich des etwaigen Schadens halber an den Vertreter selbst zu halten, der ihn getäuscht hat. Als Beispiel diene Folgendes. D sagt dem V, er solle bei X dieses bestimmte Pferd für 500 Mk. kaufen und dabei Zeit und Ort der Uebergabe verabreden. V hat hierbei weder über das Ja oder Nein des Geschäfts noch über Waare oder Preis selbst einen Entschluß zu fassen, sondern nur über Ort und Zeit der Uebergabe. Trotzdem gerirt er sich auch bezüglich der Preisbestimmung oder der

[196]) S. Mitteis, Stellvertretung S. 296ff.

Digitized by Google

Auswahl des Pferdes als frei Bevollmächtigter. Nun theilt X ihm mit, das Pferd habe diesen bestimmten Mangel; V aber giebt die Kauferklärung doch ab. Hat nun D, der den Mangel nicht kannte, die ädilizischen Ansprüche? Meines Erachtens ist es gerecht, ein Ja zu antworten. Der V hat hier eine Untreue begangen; es liegt kein Grund vor, die Folgen dieser Untreue von dem in erster Linie getäuschten X auf den D abzuwälzen, ebensowenig, wie wenn der V vollmachtswidrig einen anderen Preis bestimmt, ein anderes Pferd gewählt hätte. Daß X sich im Regreßwege an den Vertreter V halten kann, ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen von selbst.

§ 119.

Was Vollmacht ist, definirt beiläufig § 118: wir geben die Begriffsbestimmung ex professo in § 119*.

1. Die Vollmacht wird nach § 118 von dem Vertretenen durch Rechtsgeschäft ertheilt. Was ist das für ein Rechtsgeschäft? Daß es keiner Annahme, wohl aber einer Entgegennahme bedarf, also daß es ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, kann zur Noth noch aus § 118 herausgelesen werden; aber wer ist der Empfänger der Erklärung? Der Entwurf sagt dies in unserem Titel nicht, namentlich auch nicht in § 120, obwohl die Motive I S. 237 das anzunehmen scheinen: wir kommen zu § 120 darauf zurück. Zweckmäßig ist folgende Festsetzung, welche die Motive I S. 237, 246 auch als das Recht des Entwurfs ansehen: die Erklärung, durch welche der Vertreter bevollmächtigt wird, kann wirksam gerichtet werden an den Vertreter selbst und, wenn es sich um ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft handelt, auch an den Dritten, mit dem der Vertreter in rechtsgeschäftliche Beziehung tritt, d. h. der bei dem einzugehenden Rechtsgeschäft als Erklärender oder Erklärungsempfänger, kurz als „Gegner" betheiligt sein wird; ertheilt wird freilich die Vollmacht, auch wenn die Erklärung dem Dritten gegenüber abgegeben wird, doch immer dem Vertreter selbst und nicht dem Dritten. Giebt also der D eine Erklärung an den X dahin ab, er bevollmächtige hiermit den V ihm von irgend Jemandem ein Pferd zu kaufen, so wirkt diese Erklärung eine Bevollmächtigung des V doch nur, sofern V den Kauf auch wirklich mit X abschließt, denn nur dann ist X der beim Rechtsgeschäft Betheiligte. Nicht aber würde durch diese Erklärung der V bevollmächtigt, etwa auch vom Y ein Pferd zu kaufen. Mit anderen Worten: die Vollmachtserklärung gegenüber dem Dritten wirkt auch nur gegenüber diesem Dritten.

Eine eigene Festsetzung im Gesetzestext ist indeß entbehrlich, denn die Vollmacht ist nur ein Einzelfall der „Einwilligung", welche in

Digitized by Google

§ 127 näher normirt ist; und in § 127 Abs 1 ist ganz allgemein bestimmt, daß jede Einwilligung beiden bei dem Rechtsgeschäft betheiligten Personen, sowohl dem Erklärenden wie dem Empfänger gegenüber erklärt werden kann. Dieser Satz findet auch auf die Bevollmächtigung Anwendung [197]). Mit Unrecht meinen die Motive, daß die Vollmachtsertheilung nicht in den Rahmen des § 127 falle; so sagen sie I S. 246 „die vorherige Einwilligung ist der Vollmachtsertheilung nahe verwandt". Und doch liegt weder sachlich noch nach der Formgebung des § 127 der mindeste Grund vor, die Vollmachtsertheilung nicht als Fall der Einwilligung aufzufassen. Wird ja doch auch die nachträgliche Ertheilung der Vertretungsmacht (Genehmigung) vom Entwurf wie von den Motiven (I S. 241) richtig unter § 127 gestellt; die vorherige Ertheilung der Vertretungsmacht aber soll nicht dahin gehören?

Wie nun die Vollmacht nach der Seite ihrer Entstehung unter die Regeln der Einwilligung gehört, so auch nach der Seite ihrer Aufhebung; sie ist eben nichts Anderes als ein einzelner Anwendungsfall der „Einwilligung" überhaupt. Dies bestimmt auch der Entwurf, denn § 127 Abs. 3 sagt: „Auf das Erlöschen der Wirksamkeit der im Voraus ertheilten Einwilligung finden die Vorschriften über das Erlöschen der Vollmacht entsprechende Anwendung". Ohne Zweifel ist es nun aber richtiger, lieber allgemeine Bestimmungen zu geben und beim Einzelfalle auf sie zu verweisen, als den Einzelfall zu normiren und die allgemeinen Bestimmungen durch Verweisung auf die Normirung des Einzelfalles zu geben. Soll also die rechtliche Behandlung der Vollmacht und der sonstigen Einwilligung wirklich ganz dieselbe sein, so muß alles Erforderliche zu § 127 Abs. 3 (= § 127a*) gesagt werden; § 119 aber, dessen einzigen Inhalt ja Bestimmungen über die Endigung der Vollmacht bilden, ist überhaupt zu sparen; und nur, weil die vorherige Ertheilung der Vertretungsmacht den besonderen Namen Bevollmächtigung führt, ist es von Werth, wenn im Gesetz ausdrücklich gesagt wird, daß sie unter die Regeln der Einwilligung falle: das thut § 119*.

Da die Grundsätze über das Erlöschen der Vollmacht für die Besprechung der folgenden Paragraphen präjudiziell sind, so erörtern wir die Regeln des § 119 bereits hier, nicht erst zu § 127; und zwar sprechen wir zunächst nur über das Erlöschen der Vollmacht,

---

[197]) Die Motive I S. 246 sehen umgekehrt in der Bestimmung des § 127 Abs. 1 eine „Uebertragung der für die Vollmacht aufgestellten Grundsätze auf die Einwilligung".

Digitized by Google

wir schließen dann (unten Nr. 7) die Lehre vom Erlöschen der sonstigen Einwilligung sofort an.

2. Die Vollmacht soll nach den beim Auftrag geltenden Rechtssätzen erlöschen, „soweit nicht aus dem Verhältnisse des Vollmachtgebers zu dem Bevollmächtigten ein Anderes sich ergiebt". Diese Regel erscheint uns nutzlos, ja verwirrend; sie ist ein Nachklang der alten, vom Entwurf sonst so glücklich beseitigten Vermischung von Auftrag und Vollmacht. Weil der gewöhnliche Anlaß der Vollmacht ein Auftrag ist, sollen im Zweifel die Erlöschungsgründe des Auftrages auch für die Vollmacht gelten. Ein Grundverhältniß (so dürfen wir kurz sagen) ist bei der Vollmachtertheilung immer vorhanden; die Regel des Abs. 3 kann also, wenn sie überhaupt einen besonderen Inhalt hat, nur bedeuten: im Zweifel sei anzunehmen, das der Vollmachtertheilung zu Grunde liegende Verhältniß sei ein Auftrag. Diese Vermuthung wäre aber jedenfalls ungeeignet. Das Gesetz darf also nur sagen: die Erlöschungsgründe der Vollmacht richten sich nach dem Grundverhältniß.

Nur für die Frage nach der Widerruflichkeit der Vollmacht durch den Vollmachtgeber hat der Entwurf in Abs. 1 und 2 etwas Abweichendes festgesetzt. Bei jeder Vollmacht soll, gleichgiltig welches das Grundverhältniß ist, bezüglich der Widerruflichkeit das Recht des Auftrages zur Anwendung kommen, d. h. die Vollmacht soll, wie es nach § 597 der Auftrag ist, stets widerruflich sein, und auf diese Widerruflichkeit soll nicht verzichtet werden können[198]). Warum aber diese Regel für die Vollmacht einen zwingenden Charakter haben soll,

[198]) Auch für den Auftrag ist die Bestimmung, daß auf den Widerruf nicht verzichtet werden könne, überflüssig, § 597 Abs. 2 ist zu streichen. Denn wenn die Parteien wirklich Unwiderruflichkeit verabreden, so ist diese Abrede durchaus nicht, wie man nach § 597 annehmen sollte, nichtig; vielmehr wäre nur der Schluß statthaft, daß das von den Parteien geschlossene Geschäft, obwohl sie es Auftrag genannt haben, doch kein Auftrag sei. Dies geben die Motive II S. 545 Abs. 1 selbst zu; S. 527 sagen sie: „Eine und dieselbe Handlung kann bald Gegenstand eines Mandatsvertrages, bald eines Dienstvertrages sein. Wichtiger als die prinzipielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen wird es sein, im einzelnen Falle festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entspricht". Hier haben wir das Richtige. Man hat zuerst zu fragen; welche Rechtssätze haben die Parteien wohl gewollt oder würden sie gewollt haben? und danach bestimmt man das „Wesen" des konkreten Vertrages. Nicht aber hat man zu untersuchen, ob „in der That ein Auftrag vorliegt", und je nach der Antwort diese oder jene Regeln anzuwenden. Demnach sind doch schließlich die sämmtlichen Auftragsregeln nur subsidiärer Natur.

Digitized by Google

ist nicht einzusehen. Die Motive I S. 233 geben drei Gründe an, die alle drei, wie uns scheint, unbeweisend sind. „Die dem Bevollmächtigten eingeräumte Machtstellung ist eine Vertrauensstellung, die mit dem Vertrauen, auf welchem sie beruht, endigen muß". Das ist eine Thatsage: wir bestreiten, daß die Vollmacht überall nur aus besonderem Vertrauen ertheilt wird. „Der Vollmachtsempfänger kommt auch durch die Vollmacht nur in die Rechtslage eines zum rechtlichen Handeln in fremdem Interesse Ermächtigten, nicht in diejenige eines Berechtigten". Gemeint ist: eines Berechtigten in eigenem Interesse. Denn wir haben keinen Grund zu leugnen, daß es auch Rechte fremdnützigen Charakters, also Rechte in fremdem Interesse giebt, korrekter gesprochen: daß wir das Wort „Rechte" auch in diesem Sinne verwenden können. Was nun den Grund selbst betrifft, so kommt er nahe mit dem ersten zusammen. Beruht die Vollmacht immer auf besonderem Vertrauen, so kann sie auch nicht im Interesse des Vollmachtnehmers ertheilt sein. Aber gerade das ist eben die zweifelhafte Thatfrage. „Außerdem würde in dem Verzichte auf den Widerruf nicht nur gegenüber dem Vertreter, sondern auch gegenüber Dritten eine Machtentäußerung liegen, die über das zulässige Maß weit hinausgehen würde". Das ist eine Begründung ohne Gründe. Wo ist das „zulässige" Maß? Da es zulässig ist, daß Jemand selbst sich verpflichten oder seine Sachen veräußern kann, so muß es auch zulässig sein, daß er einem Anderen die Macht ertheilt, es für ihn zu thun: vom Standpunkt der Zulässigkeit der Machtentäußerung wird nichts dagegen eingewendet werden können. Wir meinen nun, es liege nicht der geringste Grund vor, dem Willen der Parteien Zwang anzuthun. Wenn sie Unwiderruflichkeit der Vollmacht wollen: warum soll dem nicht nachgegeben werden? Das Richtige ist auch hier, die Widerruflichkeit der Vollmacht lediglich nach der Natur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu beurtheilen.

Die Vollmacht muß widerruflich sein überall da, wo die Geschäftsführung lediglich im Interesse des Vertretenen stattfindet. Das ist der Fall nicht bloß beim Auftrag sondern auch z. B. bei der Dienstmiethe. Die Vollmacht wird hier nur als ein Mittel zum Zweck der Ausführung der dem Handelnden obliegenden Pflichten ertheilt; der Auftraggeber oder Dienstmiether aber ist nicht verpflichtet, sich leisten zu lassen, sondern nur verpflichtet[199]), die eventuell vereinbarte Vergütung zu entrichten (§ 559, vgl. §§ 567, 585, 586). Folglich ist auch die Vollmacht in diesen Fällen widerruflich. Hat der X gegen Zahlung einer bestimmten Summe die Verpflichtung übernommen, diesen

[199]) Ganz korrekt also Entsch. des R.G. in Civilsachen III Nr. 53.

Digitized by Google

Baum auf meinem Grundstück zu fällen, so kann ich in jedem Augenblick ihm die Fällung des Baumes wirksam untersagen: verpflichtet bin ich nur trotzdem zur Bezahlung des Miethpreises. Hat der X gegen Zahlung einer bestimmten Summe die Verpflichtung übernommen, für mich diese bestimmten Geschäfte abzuschließen, so bin ich verpflichtet ihm jedenfalls jene Summe zu zahlen, aber nicht auch das betreffende Geschäft für mich abschließen zu lassen, d. h. ich kann meine Vollmacht widerrufen.

Es kommen indeß auch Fälle vor, wo die Vollmacht zugleich oder allein im Interesse des Vollmachtnehmers liegt. Die Vollmacht muß hier unwiderruflich sein können; es ist nicht der geringste Grund vorhanden, dem Willen der Parteien Zwang anzuthun. Die Motive berühren selbst die Möglichkeit, daß der Vollmachtgeber dem Vollmachtnehmer nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse durch Entziehung der Vollmacht schadensersatzpflichtig wird. Schaden kann nun der Vollmachtnehmer durch die Entziehung der Vollmacht doch sicher nur dann erleiden, wenn die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten bestand! Ist das nun aber der Fall, so genügt der indirekte Weg der eventuellen Schadensersatzpflicht keineswegs, vielmehr muß dann auf die Widerruflichkeit selbst verzichtet werden können. Warum will man den Weg der nachherigen Wiederausgleichung gehen, wo der gerade Weg der Verhütung des Schadens möglich wäre?

Ein Verhältniß, wo die Vollmacht im gemeinschaftlichen Interesse des Vollmachtgebers und des Vollmachtnehmers ertheilt ist, kann z. B. bei dem Gesellschaftsvertrag vorhanden sein. Der bevollmächtigte Sozius bedarf, um die Geschäfte in einer ihm ersprießlichen Weise führen zu können, der Dispositionsmacht über Vermögen der anderen Sozii. Darum läge in der Entziehung der Vollmacht eine Verletzung seiner vertragsmäßigen Interessen: die Vollmacht muß unwiderruflich sein, wie § 640 Abs. 2 selbst anerkennt. Ferner sei an Geschäfte erinnert, wie sie neuerdings häufiger geübt werden: A glaubt einen Anspruch zu haben, kann ihn aber im Prozeßwege nicht durchsetzen, weil ein etwaiger Verlust des Prozesses durch die großen Prozeßkosten ihn ruiniren würde. Er schließt nun mit B einen Vertrag, durch den er den B bevollmächtigt die Forderung auf eigene Kosten einzutreiben und ihm gestattet, die Hälfte des Einkommenden für sich zu behalten. Hier liegt ein Fall vor, wo die Prokuratur theilweise „in rem alienam", theilweise „in rem suam" ist.

Daß eine Vollmacht lediglich im Interesse des Vollmachtnehmers, „in rem suam" gegeben wird, ist ebenfalls nicht ganz selten[200]).

[200]) S. auch Motive I S. 229 vor Abs. 1.

Digitized by Google

Insbesondere kommt in Betracht die Vollmacht, Leistung von einem Anderen zu erheben, mit der Erlaubniß diese Leistung für sich zu behalten (zwecks Schenkung, Darlehens, solutionis causa u. s. w.), sei es eine Leistung, die jener Andere dem Vollmachtgeber schon schuldet, sei es eine solche, die erst aus einem noch zu schließenden Vertrage bewirkt werden soll. In diesen Fällen ist ein Widerruf der Vollmacht nur nach den besonderen Regeln des zu Grunde liegenden Geschäfts möglich; z. B. kann die schenkungshalber ertheilte Vollmacht wegen Undankes nach § 449 widerrufen werden. Man darf nicht meinen, der Zweck, den die Vollmacht in diesen Fällen verfolgen solle, sei ja nach dem Entwurf bereits durch die Anweisung verfolgbar; diese leiste nur in besserem und höherem Maß, was die Vollmacht in fremdem Interesse unvollkommener leisten würde. Die Anweisung gebe, sobald sie von dem Angewiesenen angenommen sei, dem Anweisungsempfänger ein unentziehbares Recht auf Erhalten der Leistung gegenüber dem Angewiesenen; nicht so die Vollmacht. Und das ist ja allerdings richtig: auch wenn ich bevollmächtigt bin, Leistung vom Dritten zu erheben, kann doch der Gläubiger die Schuld schon vorher seinerseits einziehen und mir dadurch die Verfolgung meiner Interessen abschneiden. Aber dies ist doch immer nur der Fall, wo ich bevollmächtigt bin, eine bereits geschuldete Leistung zu erheben. Anders, wo ich bevollmächtigt bin, etwa einen Vertrag abzuschließen und sofort die Leistung für mich zu erheben. Dem Vollmachtgeber bleibt hier keine Zeit, die Wege des Vollmachtnehmers zu kreuzen. Beispielsweise: ich gebe dem V, um ihm ein Buch, das er haben möchte, zu schenken, Vollmacht, dieses Buch in meinem Namen zu kaufen, in Empfang zu nehmen und dann zu behalten. V acceptirt dies. Damit ist die Schenkung gemacht, und die Vollmacht muß unwiderruflich sein.

3. Wem gegenüber der Widerruf erklärt werden muß, um wirksam zu sein, sagt der Entwurf nicht. Der Widerruf eines Auftrags kann nach § 597 Abs. 1 nur gegenüber dem Beauftragten geschehen. Von dem Widerruf der Vollmacht sagen die Motive I S. 233: „er hat der Regel nach gegenüber dem Bevollmächtigten zu geschehen", und fahren dann fort: er „kann aber auch gegenüber demjenigen wirksam erklärt werden, mit welchem der Bevollmächtigte als Vertreter zu verhandeln ermächtigt ist"[201]). Was demnach das „in der Regel" im ersten Satze soll, ist nicht ersichtlich. Von selbst versteht sich dieser

[201]) Vgl. auch Motive I S. 238 unten: hier sind beide Adressaten neben einander genannt.

Digitized by Google

zweite Satz, den wir für zweckmäßig halten, nun jedenfalls nicht[202]), schon deshalb nicht, weil er von dem Recht des Auftrags abweicht; er muß also im Gesetz ausgesprochen werden, und wir thun das, da auch in dieser Beziehung alle anderen Fälle der Einwilligung gleich dem der Vollmacht zu behandeln sind, allgemein in § 127*. Demnach kann die Vollmacht widerrufen werden gegenüber dem Bevollmächtigten selbst und gegenüber dem bei dem künftigen Rechtsgeschäft Betheiligten. Gleichgiltig bleibt dabei (abgesehen von der später zu besprechenden Regel des § 120), wem gegenüber sie ursprünglich erklärt war. Weiter folgt daraus: hat der Vollmachtgeber dem X gegenüber die dem Y gegebene Vollmacht widerrufen, und Y schließt das Geschäft mit X ab, so handelt er, sofern die Vollmacht nicht bloß auf ein Geschäft gerade mit X lautete, trotz des Widerrufs in Vollmacht; oder mit anderen Worten: der an den Dritten erklärte Widerruf der Vollmacht wirkt nur diesem gegenüber, nicht gegenüber einem Vierten.

4. Aus dieser Darlegung der bei der Vollmachtsertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse geht nun auch hervor, welche Bedeutung es hat, daß die übrigen Erlöschungsgründe nach dem Grundverhältniß beurtheilt werden sollen. Während z. B. der Auftrag und folgeweise auch die anläßlich des Auftrags gegebene Vollmacht durch Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftraggebers (§ 602) und im Zweifel auch durch Tod des Beauftragten erlischt (§ 601), wird die im Interesse des Vollmachtnehmers gegebene Vollmacht in solchen Fällen fortbestehen.

Gerade für die anläßlich eines Auftrages ertheilte Vollmacht ist die Anwendbarkeit einer auf das Erlöschen des Auftrages bezüglichen Regel zweifelhaft, nämlich der Regel des § 603. Der Auftrag (und folgeweise die Vollmacht) kann leicht erlöschen, ohne daß der Beauftragte davon weiß oder wissen müßte. Führt er nun seinen Auftrag aus, so kann er in Schaden kommen, insbesondere haftet er dem Dritten wegen des Nichtbestehens der Vollmacht gemäß § 125. Um ihn deshalb zu schützen, sagt § 603: der Auftrag sei in Ansehung der dem Beauftragten zukommenden Rechte als fortbestehend anzusehen, solange der Beauftragte den Erlöschungsgrund des Auftrages weder kenne noch kennen müsse. Die Motive I S. 236 Nr. 1 machen un-

---

[202]) Das scheinen die Motive aber anzunehmen. Sie hängen nämlich dem zweitcitirten Satz die Worte an: „dies schon deshalb, weil der Vollmachtgeber der Geschäftsherr ist". Dieser Grund ist sicher keiner. Auch der Geschäftsherr könnte durch ertheilte Vollmacht derart gebunden sein, daß er sie nur gegenüber dem Bevollmächtigten zurückziehen könnte.

Digitized by Google

mittelbar die Anwendung auf die Vollmacht: auch die Vollmacht ist ein Recht des Vertretenen, also besteht auch sie fort. Damit ist aber über das Erforderliche hinausgegangen. Das Fortbestehen der Vollmacht ist für den Beauftragten ganz gleichgiltig, wenn der Gegner ihr Erlöschen kannte; denn in diesem Fall würde ja auch bei Erlöschen der Vollmacht der Gegner keinen Anspruch gegen den Beauftragten wegen Nichtbestehens der Vollmacht geltend machen können, so mit Recht § 125. Mithin würde für diesen Fall das Fortbestehen der Vollmacht gemäß § 603 lediglich dem unredlichen Dritten einen Vortheil zu Lasten des vielleicht völlig schuldlosen Geschäftsherrn bringen. Dieses auch von Anderen[204]) geltend gemachte Bedenken ist am bequemsten durch eine Aenderung des § 603 zu heben, wie sie die Neufassung versucht[205]).

5. Die Verweisung auf das „Grundverhältniß" überhebt der Nothwendigkeit, im Gesetz irgend etwas Genaueres über das Erlöschen der Vollmacht zu sagen. Nur für einen Erlöschungsgrund muß etwas Besonderes festgesetzt werden. Die anläßlich eines Auftrags gegebene Vollmacht erlischt nach § 598 durch Kündigung seitens des Beauftragten[203]). Diese Kündigung ist ein Verzicht auf die durch die Bevollmächtigung erworbene Vertretungsmacht. Eben weil aber die Vollmacht in allen Fällen, nicht bloß beim Auftrag, eine Macht des Vertreters ist, muß der Vertreter sich dieser Macht auch durch Erklärung gegenüber dem Vollmachtgeber wieder entäußern können, selbst da, wo er verpflichtet ist und verpflichtet bleibt, das Rechtsgeschäft für den Vertretenen abzuschließen. Er kann sich durch die Nichterfüllung seiner Verpflichtung haftbar machen, aber zu bestimmen, daß bei fortdauernder Verpflichtung die Vollmacht trotz Verzichts auf dieselbe bestehen bleibe, würde unzweckmäßig sein. Der Vollmachtgeber kann ja die durch Verzicht erloschene Vollmacht auch jeden Augenblick erneuen.

6. Hier bleibt eine letzte Frage: kann die Vollmacht, wie sie durch Widerruf (soweit dieser überhaupt möglich ist) *gegenüber* dem Dritten erlöschen kann, nicht auch durch Verzicht *seitens* dieses Dritten erlöschen? Davon könnte natürlich überhaupt nur die Rede sein, wo

[203]) Z. B. Hölder S. 118 fg., Bähr S. 342.

[204]) Dabei ist der fiktive Ausdruck des § 603 vermieden. Daß der Auftrag auch rücksichtlich der Verpflichtungen fortbestehen bleibt, ist nur gerecht und entspricht trotz § 603 im Ergebniß auch dem Recht des Entwurfs, s. Motive II S. 554 Abs. 1.

[205]) Der Entwurf spricht von „Kündigung" im Gegensatz zum „Widerruf" nur auf Seiten des Beauftragten.

Digitized by Google

es sich um einen Vertrag mit dem Dritten oder um ein einseitiges, von dem Dritten dem Vertreter gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft, nicht wo es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten handelt. Die Frage ist nun wohl ohne jede praktische Bedeutung. Ein wahrer Verzicht auf die Vollmachtstellung läge nur vor, wenn der Dritte erklärte, er verzichte darauf, durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts mit oder gegenüber dem Vertreter Rechtswirkungen gegen den Vertretenen herbeizuführen. Eine solche Erklärung ließe sich denken: aber sie wäre nicht ein Verzicht auf die Vollmachtstellung des Dritten, sondern ein Verzicht darauf, selbst gewisse Handlungen vornehmen zu dürfen; sie könnte sein vorzeitige Ablehnung einer erwarteten Offerte, Versprechen, gewisse Rechtsgeschäfte nur dem Empfänger persönlich gegenüber vornehmen zu wollen u. dergl. Danach wäre denn auch ihre Wirksamkeit zu beurtheilen.

Die Vollmacht selbst also erlischt nur durch Verzicht des Bevollmächtigten, nicht des Dritten, mag sie auch diesem gegenüber erklärt gewesen sein. Dies entspricht auch der rechtlichen Auffassung der Vollmacht. Die Vollmacht ist eine Rechtsstellung des Vertreters, ihm eingeräumt durch eine Erklärung des Vertretenen: der Wille des Dritten ist auf diese Rechtsstellung ohne Einfluß. Wollte man die Vollmacht auch durch Erklärung des Dritten erlöschen lassen, so müßte man noch weiter gehen. Man müßte dann überhaupt die Erlöschungsgründe der Vollmacht unter Umständen nach dem Rechtsverhältniß zwischen Vollmachtgeber und Drittem beurtheilen. Denn daß auch ein Rechtsverhältniß zu dem Dritten unter Umständen den Anlaß zur Ertheilung der Vollmacht darbieten kann, so daß z. B. die Unwiderruflichkeit der Vollmacht im Interesse des Dritten liegt, wäre wohl denkbar[206]). Die korrekte juristische Auffassung ist auch hier die, daß ein derartiges Rechtsverhältniß zwischen Drittem und Vollmachtgeber diesen wohl obligatorisch binden, ihn z. B. verpflichten kann, die Vollmacht nicht zu widerrufen, nicht aber ihn in seinem rechtlichen Können selbst zu beschränken vermag.

7. Die sämmtlichen dargestellten Regeln sollen nach dem Entwurf (§ 127 Abs. 3) und ebenso nach den Neuvorschlägen (§ 127a*)

---

[206]) Ein praktischer erlebter Fall: A stirbt mit Hinterlassung mehrerer Erben Der eine Hypothekenschuldner kündigt, weil es ihm zu unbequem ist, die Zinszahlung an die mehreren Erben, die zum Theil auswärts wohnen, zu bewirken. Er versteht sich dann zur Zurücknahme der Kündigung, macht sich aber aus, daß die auswärts wohnenden Erben den einen am Wohnort des Hypothekenschuldners wohnenden Miterben zur Empfangnahme sämmtlicher Zinszahlungen bevollmächtigen.

Digitized by Google

in allen Fällen der Einwilligung gelten. Ueberall soll also das Grundverhältniß zwischen dem Einwilligenden und demjenigen, welchem die Einwilligung ertheilt ist, für das Erlöschen der Einwilligung entscheidend sein. Fraglich ist aber, und diese Frage scheint mir der Untersuchung werth, ob in der That auch bei anderen Fällen der Einwilligung[207]) in ein fremdes Rechtsgeschäft — wir denken paradigmatisch an Einwilligung in einen fremden Vertrag — sich die Rolle der beiden bei dem Vertrag betheiligten Personen gerade wie bei der Vollmacht unterscheiden läßt. Bei der Vollmacht wissen wir genau, wer der Bevollmächtigte, wer der Dritte ist, gleichgiltig wem gegenüber thatsächlich die Vollmachtsertheilung erklärt ist: läßt sich auch bei der Einwilligung mit gleicher Sicherheit sagen, wer der Einwilligungsnehmer, wer der Dritte ist? so daß wir also auch wissen, zwischen welchen Personen das „Grundverhältniß" besteht, nach dem wir das Erlöschen der Einwilligung beurtheilen sollen?

Ich glaube nun, diese Unterscheidung ist überall zu machen; sie wird nur dadurch hie und da verdeckt, daß man in bequemem Sprachgebrauch häufig schlechthin von Einwilligung in das Rechtsgeschäft als solches spricht, ohne zu unterscheiden, ob die Einwilligung in die rechtsgeschäftliche Thätigkeit des einen oder des anderen Betheiligten erfolgt. Dieser Sprachgebrauch ist erklärlich und gerechtfertigt, weil ja die Einwilligung schließlich immer auf das Rechtsgeschäft als Ganzes wirkt[208]). Ertheilt aber wird die Einwilligung sachlich doch nur einer bestimmten Partei. Zweifellos ist das bei der Einwilligung des Vormundes u. s. w.: sie wird nicht zu der rechtsgeschäftlichen Thätigkeit des Dritten, sondern zu der des Mündels gegeben; ebenso die Einwilligung des Ehemanns zu Rechtsgeschäften der Ehefrau[209]), die Einwilligung des Nacherben zu Verfügungen des Vorerben[210]); ebenso steht es überhaupt bei allen Einwilligungen zu Rechtsgeschäften, durch die ein Anderer im eigenen Namen eine Verfügung über Rechtsgüter eines Dritten trifft[211]). Auch im Fall des § 266 wird die Leistung des Schuldners, nicht die Annahme des Dritten, im Fall des § 468 die Kauferklärung, nicht die Verkaufserklärung genehmigt. Ob es dem gegenüber auch Fälle giebt, wo die Zustimmung zu einem Vertrag

[207]) und ebenso der Genehmigung.

[208]) Wo es auf die Unterscheidung der Parteien nicht ankommt, da sprechen auch wir von der Zustimmung schlechthin zum „Rechtsgeschäft", s. z. B. § 127* Abs. 2.

[209]) „Die Ehefrau bedarf zu einem Rechtsgeschäfte . . . der Einwilligung des Ehemanns" §§ 1277, 1303.

[210]) „Bedarf der Vorerbe der Einwilligung des Nacherben" § 1816.

[211]) Z. B. Fall des § 309, 830, 876.

Digitized by Google

als solchem nöthig ist, wagen wir nicht zu entscheiden[212]). Sollte es der Fall sein, so würden dann eben beide bei dem Rechtsgeschäft betheiligte Personen der Einwilligung bedürfen, beide wären zugleich Einwilligungsnehmer und Dritte: die Unterscheidung zwischen Einwilligungsnehmer und Drittem wäre damit natürlich nicht aufgehoben.

Mit dieser Unterscheidung zwischen Einwilligungsnehmer und Drittem haben wir nun auch eine feste Grundlage für die Beurtheilung der Frage, wodurch die Einwilligung erlöschen kann: überall richtet sich dieses Erlöschen, gleichgiltig, wem gegenüber die Einwilligung thatsächlich erklärt worden war, nach dem Rechtsverhältniß zwischen Einwilligendem und Einwilligungsnehmer; außer Betracht hingegen bleibt das etwa auch vorhandene Rechtsverhältniß zwischen Einwilligendem und Drittem. Nach dem Rechtsverhältniß zwischen Einwilligendem und Einwilligungsnehmer bestimmt sich also insbesondere die Widerruflichkeit der Einwilligung. Daß der Einwilligungsnehmer an der Unwiderruflichkeit der Einwilligung das größte Interesse haben kann, bedarf wohl keines Beweises: oft genug wird ja doch die Einwilligung eine Aufopferung Seitens des Einwilligenden zu Gunsten des Nehmers enthalten, für welche sogar Entgelt gegeben wird — man denke nur an die Einwilligung zu Verfügungen, welche der Nehmer im eigenen Namen über Rechte des Einwilligenden oder unter Beeinträchtigung von Rechten des Einwilligenden trifft[213]) —; die Einwilligung schafft dem Nehmer dann eine vermögenswerthe Rechtsmacht, welche wie jede andere ihm unentziehbar sein wird. Auch der Dritte kann an der Unwiderruflichkeit der Einwilligung das größte Interesse haben, ihm gegenüber kann auch der Einwilligende obligatorisch verpflichtet sein, die Einwilligung nicht zurückzunehmen, aber in Konsequenz der Grundauffassung müssen wir auch hier sagen, daß durch diese Verpflichtung nicht zu widerrufen die Wirksamkeit eines etwaigen Widerrufs nicht ausgeschlossen wird, sofern nur das Rechtsverhältniß zwischen Einwilligendem und Einwilligungsnehmer die Möglichkeit des Widerrufs frei läßt. Natürlich kommt aber eine durch das Gesetz bestimmte Unwiderruflichkeit auch dem Dritten zu Gute[214]).

---

[212]) Auch bei der Schuldübernahme des § 315 wird es richtiger sein zu sagen, daß es der alte Schuldner, nicht der Schuldübernehmer ist, der der Zustimmung des Gläubigers bedarf.

[213]) Gerade in solchen Fällen hat der Entwurf öfter ausdrücklich Unwiderruflichkeit der Einwilligung festgesetzt, so in §§ 960, 965, 1016, 1024, 1189, 1213; s. Motive I S. 246 Nr. 1.

[214]) So in den Fällen der vorigen Note.

Digitized by Google

Ebenso müssen wir weiterschließen, daß auch ein Verzicht des Dritten auf die schon ertheilte Einwilligung diese nicht erlöschen läßt: es gilt hier alles das vom Verzicht des Dritten auf die Vollmacht oben Gesagte. Wenn der Einwilligende einen solchen Verzicht annimmt, so liegt darin seinerseits ein Widerruf der Einwilligung — dieser Widerruf kann ja auch dem Dritten gegenüber erklärt werden, oben Nr. 3. Dies versteht sich von selbst. Ein nicht angenommener Verzicht aber würde die Einwilligung selbst nicht aus der Welt schaffen. Erklärt also der Ehemann dem X, er willige ein, daß die Ehefrau dieses Geschäft mit dem X abschließe, X schreibt dann dem Ehemann, er verzichte auf die Einwilligung, und nunmehr schließt die Frau den Vertrag doch mit X ab, so ist der Vertrag wirksam. Unzuträglichkeiten kann dieser Rechtssatz kaum haben, da der Einwilligende ja jederzeit die Einwilligung durch einfache Erklärung gegenüber einem der Betheiligten so aufheben wie erneuen kann; giebt man auch dem Dritten die Möglichkeit, die ertheilte Einwilligung durch Verzicht hinfällig zu machen, so müssen, da auch das Interesse des Einwilligungsnehmers ins Spiel kommt, im Gesetz neue Unterscheidungen gemacht werden, um festzustellen, wann der Dritte verzichten kann, wann nicht. Damit schaffen wir eine verwickelte Rechtslage und öffnen manchen Zweifeln die Thür. Es ist also besser, das Erlöschen der Einwilligung überall ausschließlich von dem Rechtsverhältniß zwischen Einwilligendem und Einwilligungsnehmer abhängig zu machen.

§ 120 Abs. 1.

§ 120 bespricht den Fall, daß der Vollmachtgeber die Bevollmächtigung durch besondere Mittheilung oder durch öffentliche Bekanntmachung Dritten kund gegeben hat.

1. Nach Abs. 1 soll die Kundgebung dem Dritten gegenüber „als selbständige Bevollmächtigung" gelten. Damit ist gemeint: als Bevollmächtigung des Vertreters V, nicht als Bevollmächtigung des Dritten X, der mit dem V ein Geschäft abschließen soll, wie auch die Motive I S. 238 unten ausdrücklich sagen. Der Entwurf ist dahin mißverstanden worden[215]), er meine Bevollmächtigung des X. Das ist unmöglich. Denn als bevollmächtigt gelten kann immer nur der, der für den Vertretenen und in dessen Namen ein Geschäft abschließt, nicht aber kann es der Dritte, der ja vielmehr im eigenen Namen das Geschäft abschließt.

---

[215]) Hellmann zu § 120. Vgl. auch Hölder S. 118 mit S. 120 Note.

Digitized by Google

2. § 120 spricht von „Kundgebung der Bevollmächtigung durch Mittheilung, Bekanntmachung“, von „Benachrichtigung“ des Dritten. Das ist nicht eine Willenserklärung im technischen Sinne, sondern eine Anzeige, eine Vorstellungsmittheilung, also nicht eine Erklärung, hierdurch solle der V bevollmächtigt werden, sondern eine Erklärung, er sei bereits bevollmächtigt[216]). Wenn nun diese Mittheilung der Wahrheit entspricht, so hat sie zunächst keine selbständige Bedeutung. Interesse hat in erster Linie der Fall, daß sie der Wahrheit nicht entspricht. Die Motive I S. 237 geben als Beispiele an, daß die Vollmachtsertheilung an den V ungiltig war, oder daß sie in engeren Grenzen gehalten war als nach der Kundgebung anzunehmen ist, oder daß überhaupt eine Vollmachtsertheilung an V nicht, auch nicht äußerlich, vorangegangen war. Ueberall hier liegt eine giltige Bevollmächtigung, wie sie als erfolgt kundgegeben ist, nicht vor. Irreführend ist es daher, wenn § 120 sagt: „Hat der Vollmachtgeber die Bevollmächtigung kundgegeben“, und weiter auch von dem „Bevollmächtigten“ spricht. Dies verleitet, nur an den Fall zu denken, daß der V bereits bevollmächtigt ist[217]), während doch auch der entgegengesetzte Fall, und er zuvörderst, ins Auge gefaßt werden muß. Statt „Vollmachtgeber“ ist vielmehr „Vertretener“ zu setzen, statt „Bevollmächtigter“ „Vertreter“, statt „die Bevollmächtigung kundgegeben“ „kundgegeben, daß er den Vertreter bevollmächtigt habe“.

3. Die Motive I S. 237 begründen den besprochenen Rechtssatz in zweifacher Weise. „Nach der Auffassung des Lebens wie nach der vernünftiger Weise anzunehmenden Absicht des Vollmachtgebers liegt in dieser Kundgebung nicht bloß ein Hinweis auf die Thatsache der Bevollmächtigung, sondern die Erklärung, daß der Dritte sich darauf verlassen kann, daß die betreffende Person Vertretungsmacht habe“. Die Motive gründen die Haftung des Vertretenen hiermit auf eine stillschweigende Garantieübernahme. Daß das für zahllose Fälle eine Fiktion ist, bedarf wohl keines Beweises. Gerade wenn der Vertretene eine Vollmacht giltig ertheilt zu haben meint, wird er wenig Grund haben, noch eine solche Willenserklärung gegenüber dem Dritten abzugeben. Man denke nur an den Fall, daß der D, der eine in Wahrheit nichtige Vollmacht, die er für giltig hält, ausgestellt hat, dem X im Gespräch erzählt, er habe sich entschlossen, ein Pferd zu kaufen, und habe den V dazu bevollmächtigt. Nachher will der Zufall,

---

[216]) Vgl. Theil I S. 33.

[217]) Dieser Irrthum daher bei Hellmann zu § 120 „da der Vertreter ja als bevollmächtigt bereits vorausgesetzt wird“.

Digitized by Google

daß gerade X selbst es ist, mit dem V das Geschäft abschließt. An eine Garantieübernahme ist hier nicht zu denken.

Für den Fall, daß eine auch nur scheinbare Vollmachtsertheilung überhaupt nicht vorausgegangen ist, bringen die Motive an derselben Stelle noch eine andere ratio legis bei. Sie leiten die Haftung des D in diesem Fall daraus her, „nach allgemeinen Grundsätzen stehe nichts entgegen, daß die Ermächtigung zur Vertretung auch in dieser Weise wirksam ertheilt wird". Sie sehen also, wie schon oben S. 86 angedeutet wurde, in der Erklärung an den Dritten, der V *sei* bevollmächtigt worden, eine Willenserklärung, er solle durch diesen Akt bevollmächtigt werden. Sie verwechseln hier Willenserklärung und Anzeige. Man braucht bloß an den Fall antizipirter Anzeige oder an den Fall der Mentalreservation oder an den Fall zu denken, daß der D nur überhaupt dem Dritten etwas Unrichtiges über die Vollmacht mittheilt ohne sich klar zu machen, daß es vielleicht gerade dieser Dritte selbst sei, mit dem der Vertreter das Geschäft abschließen werde, und man muß sehen, daß an eine Absicht durch diese Mittheilung Vollmacht zu ertheilen nicht gedacht werden kann. Ueberhaupt ist eine solche Absicht ja doch nur dann möglich, wenn der Vertretene glaubt, auch durch Mittheilung an den Dritten X den V bevollmächtigen zu können, und ob dieser Rechtssatz existirt, darum handelt es sich gerade erst noch. Freilich mildern die Motive die aufgedeckte Verwechselung dadurch, daß sie an der letztangeführten Stelle den Inhalt der Kundgebung dahin bezeichnen, „daß die Person (V) Vollmacht habe *bezw. haben solle*". Lautet die Kundgebung, daß V Vollmacht *habe*, so gilt das oben Gesagte: sie ist Vorstellungsmittheilung, nicht Willenserklärung. Mit dem „bezw." wird ein neuer Inhalt der Kundgebung hinzugefügt, auf den zwar das, was die Motive sagen, paßt: er *ist* wirkliche Willenserklärung, der aber vom § 120 nicht mitumfaßt ist. Denn wir wiederholen: die Worte des § 120 lassen gar keine andere Auslegung zu als die, daß sie von Vorstellungsmittheilung, also von Anzeige, es sei Vollmacht ertheilt, reden, nicht von Erklärung, sie werde hierdurch ertheilt. Hätte § 120 dies gemeint, so hätte er vor § 119 bei der allgemeinen Festsetzung der Begründung der Vollmacht stehen müssen. Der Inhalt des § 120 Abs. 1 ist vielmehr einfach der: die Erklärung, daß Vollmacht gegeben sei, wirkt ebenso wie die Erklärung, daß hierdurch Vollmacht gegeben werde.

Die Begründung des Satzes kann nur die sein, daß der Vertretene durch seine Kundgebung in dem Anderen ein Vertrauen erweckt, welches er rechtfertigen muß. Ein Bedürfniß, ihm eventuell Rücktritt gegen Schadenersatz zu gestatten, liegt nicht vor. Weiß er, daß

Digitized by Google

eine Vollmacht, wie er sie anzeigt, nicht ertheilt ist, so ist seine Haftung selbstverständlich, weiß er es nicht, so wird in der weitaus größten Zahl der Fälle die Bevollmächtigung doch seinen Interessen gemäß sein: er würde sie sonst gegenüber dem vermeintlich Bevollmächtigten widerrufen, was ihm ja meist freisteht.

Aus dieser Begründung folgt, daß der Gegner nicht, wie es im Entwurf geschieht, geschützt werden darf, wenn kein Vertrauen in ihm erweckt ist. Z. B. D giebt dem X kund, er habe den V so und so bevollmächtigt; X erfährt darauf, die Vollmacht sei nichtig oder sie enthalte eine Beschränkung, die D ihm anzuzeigen vergessen hat. Trotzdem schließt nun V mit dem X das Geschäft. Ist es giltig? Nach dem Entwurf ja. Aber das ist doch unter Umständen eine übermäßige Begünstigung des Empfängers. Zu weit gegangen wäre es freilich, wollte man sagen: die Kundgebung stattgehabter Bevollmächtigung wirkt nicht, wenn der Gegner weiß oder wissen müßte, daß sie der Wahrheit nicht entspricht. Vielmehr ist diese Ausnahme zu beschränken auf den Fall, daß der Kundgebende selbst sich im Irrthum über die Thatsache der Bevollmächtigung befand; weiß er das hingegen, so ist seine Haftung in allen Fällen gerecht. Dies besagt unser Abs. 1 Satz 2*.

Ein Fall könnte Bedenken erregen. Wie steht es, wenn der Vertreter dem Dritten gegenüber die Details der in Wahrheit beschränkten Vollmacht, etwa weil sie ihm unwichtig erscheinen; nicht miterzählt? Wir antworten: geschieht die Kundgebung in dem Bewußtsein ihrer möglichen Rechtserheblichkeit, so muß der Kundgebende eben genau sein; geschieht sie gesprächsweise, so bedeutet die Mittheilung „ich habe den X bevollmächtigt, mir eine Geige zu kaufen“ noch nicht ohne Weiteres, daß die Vollmacht unbeschränkt sei: der Gegner darf die Vollmacht also auch nicht sofort so auffassen. Ist hingegen der objektive Sinn der Mittheilung der, daß die Vollmacht unbeschränkt sei, der Mittheilende aber hatte diesen Sinn seiner Mittheilung nicht gemeint, so helfen die Grundsätze des § 98* über Anfechtung wegen Fehlgriffs im Ausdruck.

4. Die Kundgebung soll als Bevollmächtigung des Vertreters wirken, aber nicht schlechthin, sondern nur gegenüber bestimmten Personen. Selbstverständlich zunächst, daß diese Beschränkung aus dem Inhalt der Kundgebung folgen kann. Lautet die Kundgebung, der V sei bevollmächtigt, mit Y abzuschließen, so kann der V nicht mit X abschließen, selbst wenn die Kundgebung an X erfolgt war. Aber auch abgesehen hiervon wirkt die Kundgebung nur beschränkt.

Digitized by Google

a. Erfolgt sie nämlich durch öffentliche Bekanntmachung, so wirkt sie nach § 120 „gegenüber jedem Dritten, welcher ein Rechtsgeschäft mit dem Bevollmächtigten geschlossen hat" u. s. w., aber nicht auch etwa gegenüber einem beliebigen Vierten, der seinerseits im Vertrauen auf die Giltigkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts mit diesem weiter verhandelt. Hier ist zunächst eine stilistische Klarstellung erwünscht. Selbstverständlich ist nicht gemeint, die Kundgebung wirke jedem Dritten gegenüber, mit dem der Vertreter überhaupt irgend einmal irgend ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, sondern nur dem gegenüber, der nach der Kundgebung gerade das Rechtsgeschäft, welches in der Kundgebung erwähnt ist, mit dem Vertreter schließen wird. Neben der „Schließung" eines Rechtsgeschäfts, also der Vertragschließung, ist noch die Vornahme eines (einseitigen) Rechtsgeschäfts durch den Dritten gegenüber dem Vertreter oder durch den Vertreter gegenüber dem Dritten erwähnt[218]). Gemeint ist dabei, auch dies ist selbstverständlich, daß die Erklärung nicht bloß thatsächlich an den Anderen erfolgte, sondern daß sie, um wirksam zu sein, an den Anderen erfolgen mußte: die Erklärung muß empfangsbedürftig sein, bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften ist die Kundgebung wirkungslos. Z. B. der D macht öffentlich bekannt, er habe den V bevollmächtigt, eine bestimmte Erbschaft anzunehmen, wenn es ihm gut erscheine; der V nimmt nun die Erbschaft an. Besteht die Vollmacht in Wahrheit nicht, so ist der D durch seine Kundgebung nicht gebunden.

b. Anders die Kundgebung durch besondere Mittheilung. Sie wirkt zwar nur gegenüber dem besonders benachrichtigten Dritten, nicht nöthig aber ist nach § 120, daß gerade dieser Dritte derjenige sei, welcher das Rechtsgeschäft mit dem Vertreter abschließt. Denn der Relativsatz in Abs. 1 „welcher ein Rechtsgeschäft mit dem Bevollmächtigten geschlossen hat" u. s. w. bezieht sich stilistisch nur auf die Worte „gegenüber jedem Dritten", nicht zugleich auch auf die weiter vorhergehenden Worte „gegenüber dem besonders benachrichtigten Dritten"; sonst müßten sie lauten: „wenn er ein Rechtsgeschäft geschlossen hat" u. s. w. Z. B. D schreibt an X, er habe den V bevollmächtigt, ihm ein Pferd zu kaufen. Die Vollmacht ist nichtig oder existirt nicht. V kauft nun aus dieser vermeintlichen Vollmacht heraus für den D ein Pferd, aber nicht von X, sondern von Y. Y kann sich hier auf die Kundgebung nicht berufen, denn ihm war die Kundgebung nicht gemacht. Nun nehme man aber an: Y zedirt seine (vermeintliche) Kaufpreisforderung an X; X klagt nunmehr gegen D auf Bezahlung, und da D einwendet,

---

[218]) Vergl. I S. 26 N. 17.

Digitized by Google

V sei nicht bevollmächtigt gewesen, erwidert X: wegen der ihm, dem X, gegenüber erklärten Vollmacht sei allerdings ihm gegenüber die Vollmacht wirksam. Nach dem Wortlaut des Abs. 1 würde er das allerdings können. Ja, auch wenn das von V für den D vorgenommene Rechtsgeschäft überhaupt kein empfangsbedürftiges, wenn es z. B. eine Erbschaftsannahme ist, müßte dasselbe gelten: gegenüber dem besonders benachrichtigten Dritten, z. B. dem Erbschaftsgläubiger, wäre das Geschäft für und gegen den D giltig. Auch diese Folgerung wird sich nach dem Wortlaut des Abs. 1 nicht abweisen lassen. Daß dies nun aber in § 120 gewollt sei, glaube ich nicht; es wäre auch unzweckmäßig. Vielmehr wirkt auch die besondere Mittheilung an den Dritten nur dann, wenn gerade dieser Dritte es ist, mit dem der Vertreter in rechtsgeschäftliche Beziehung tritt: die Fälle der öffentlichen Bekanntmachung und der besonderen Mittheilung müssen sich in dieser Beziehung völlig gleichstehen.

5. Entkleiden wir nunmehr noch den Rechtssatz des § 120 Abs. 1 seines fiktiven Gewandes, so erhalten wir einen einfachen Ausdruck. „Die Kundgebung gilt als Bevollmächtigung", d. h. sie ist keine, wirkt aber wie sie. Und was ist es, was die Bevollmächtigung wirkt? Nur Vertretungsmacht. Demnach ist der Sinn des Abs. 1: die Kundgebung stattgehabter Bevollmächtigung bewirkt, daß der Vertreter bestimmten Personen gegenüber nicht Vollmacht, denn diese entsteht nur durch darauf gerichtetes Rechtsgeschäft, wohl aber Vertretungsmacht hat. Ob der Vertreter durch Benutzung dieser Vertretungsmacht in seinem Verhältniß zu dem Vertretenen rechtmäßig oder rechtswidrig handelt, das ist damit nicht entschieden und braucht an dieser Stelle des Gesetzes nicht entschieden zu werden.

Der Rechtssatz, daß der Vertreter durch die Kundgebung Vertretungsmacht erhält, wirkt nicht nur zu Lasten, sondern auch zu Gunsten des Vertretenen. Was dem Einen recht, ist dem Anderen billig. Z. B. D hat dem V nichtige Vollmacht ertheilt und dem X die Bevollmächtigung mitgetheilt, V kontrahirt nunmehr mit X, darauf erfährt X von der Nichtigkeit der Vollmacht. X kann hier nicht gemäß § 124[219]) von dem Geschäft zurücktreten; auch bedarf es keiner Genehmigung des Geschäfts durch den Vertretenen.

6. Daß die Bevollmächtigung des Vertreters auch durch eine an den Dritten gerichtete Willenserklärung erfolgen kann, braucht in diesem Absatz nicht gesagt zu werden: es steht in § 119* (mit § 127* Abs. 1). Indeß ist es gerecht, die eigenthümlichen Rechtssätze, welche

[219]) welcher in der Neufassung freilich überhaupt fortfällt.

Digitized by Google

Abs. 2 für den Fall der Kundgebung schon stattgehabter Bevollmächtigung aufstellt, ganz ebenso auch dann eintreten zu lassen, wenn die Kundgebung nicht Anzeige ertheilter Vollmacht, sondern selbst erst Ertheilung der Vollmacht ist. Darum sagt § 120* Abs. 1: „daß er den Vertreter bevollmächtigt habe oder hierdurch bevollmächtige“ [220]). Eine derartige Erklärung ist zugleich Bevollmächtigung und Kundgebung, und in jeder dieser beiden Eigenschaften wirkt sie, daß der Vertreter Vertretungsmacht erhält. Diese ihre Doppeleigenschaft ist für die Frage nach der Beendigung der Vertretungsmacht bedeutungsvoll.

7. Zu entscheiden, was öffentliche Bekanntmachung ist, bleibt der Interpretation frei überlassen: diese wird nicht zu ängstlich sein dürfen. Man denke an den Fall, daß der D in einer Gesellschaft erzählt, er habe den V bevollmächtigt. Nun will er diese Kundgebung widerrufen. Wer aber die Zuhörenden gewesen sind, kann er nicht mehr feststellen. Die Anwendbarkeit der öffentlichen Zustellung des Widerrufs nach § 76 kann auch ausgeschlossen sein, da vielleicht keine entschuldbare Unkenntniß vorliegt. Eine öffentliche Bekanntmachung nach § 120 Abs. 2 würde hier doch wohl als wirksam anzuerkennen sein.

Schwierig kann die Frage sein, wann die öffentliche Bekanntmachung vollendet ist. D hat eine Annonce über die Bevollmächtigung am 5ten Mai in die Zeitungsexpedition geschickt; am 7ten erscheint die Annonce, am 6ten schließt der Zeitungsredacteur selbst, auf die Bevollmächtigung vertrauend, mit dem thatsächlich vollmachtlosen Vertreter das Geschäft ab. Hat die Kundgebung zu seinen Gunsten gewirkt oder nicht?

Die öffentliche Bekanntmachung wirkt nach Abs. 1 auch zu Gunsten dessen, der noch nichts von ihr weiß (s. auch die Motive I S. 239), gerade wie die öffentliche Zustellung nach § 76*, bei der es ja auch vorkommen kann, daß sie vollendet ist, ehe der Adressat von ihr weiß. Mit Recht sagen die Motive, es bedrohe die Rechtssicherheit, die Wirkung der ersten Mittheilung von der Kenntniß des Dritten abhängig zu machen. Wenigstens würde das zu mannichfachen Streitigkeiten führen können. Eine Härte gegen den Vertretenen ist ja auch in der Bestimmung des Entwurfs nicht zu finden, da er die Kundgebung an den Dritten, wenn er sicherer gehen will, ja unterlassen kann. Wenn freilich die Motive sagen: falls

---

[220]) Unberücksichtigt läßt die Neufassung eine Kundgebung des Inhalts, es werde an den V Vollmacht ertheilt werden. Ist eine bestimmte Zeit beigefügt, so könnte die Kundgebung von dieser Zeit an Vertretungsmacht wirken: die Analogie würde in diesem seltenen Fall wohl zu dieser Entscheidung führen.

Digitized by Google

„Jemand in so kurzer Frist nach der Bekanntmachung mit dem Vertreter in ein Rechtsgeschäft sich einläßt, daß er Kenntniß von der Bekanntmachung nicht haben konnte, werden die Umstände der Regel nach ohne Weiteres ergeben, daß eine wirkliche öffentliche Bekanntmachung überhaupt noch nicht vorliegt", so ist das eine unseres Erachtens nicht erlaubte Einschränkung des Begriffs der öffentlichen Bekanntmachung.

8. Der Fall, welchen § 120 behandelt, läßt sich umkehren. Der D macht dem V die Anzeige, daß er ihn (den V) durch Erklärung gegenüber dem X bevollmächtigt habe, was in Wahrheit nicht der Fall ist. Nicht selten wird man hierin eine wahre Vollmachtsertheilung auch gegenüber dem V zu finden haben; oft aber wird das auch nicht möglich sein. Wie wirkt dann diese Anzeige? Man beachte: sie ist Anzeige, nicht Willenserklärung. Sie ist Anzeige an V, nicht an X; sie könnte also höchstens zu Gunsten des V, nicht des X wirken. V schließt nun im Vertrauen auf diese Erklärung mit X ab. Die Umstände können so gelagert sein, daß X denken muß, V sei direkt von D bevollmächtigt, daß also die angebliche Erklärung gegenüber dem X zwischen V und X überhaupt nicht zur Sprache kommt. V macht sich hier schadensersatz- oder erfüllungspflichtig nach § 125. § 125 läßt diese Verpflichtung des V auch ohne Schuld desselben eintreten, ja selbst dann, wenn D den V absichtlich über das Vorhandensein der Vollmacht täuscht. Und da das der Fall ist, liegt es nur in der Konsequenz, wenn auch im obigen Beispiel die Vollmacht unwirksam ist und dem V nur mit einer Regreßklage gegen den D geholfen wird. Einer besonderen Bestimmung bedarf es hier also nicht.

§ 120 Abs. 2.

§ 120 Abs. 2 handelt von dem Erlöschen einer derartig durch Kundgebung entstandenen Vertretungsmacht. Er bespricht aber nur den einen Fall, daß wirklich eine Vollmacht vorgelegen hat und daß diese Vollmacht gekündigt oder widerrufen ist. Und zwar soll Widerruf oder Kündigung dem Dritten gegenüber nur dann wirksam sein, wenn sie in gleicher Weise wie früher die Bevollmächtigung kundgegeben sind; der Mangel dieser Anzeige ist indeß belanglos, wenn der Dritte den Widerruf oder die Kündigung auch ohne sie kannte oder kennen mußte.

1. Hier sind nun zunächst Erläuterungen und stilistische Korrekturen nöthig, um das, was der Entwurf will, rein zum Ausdruck zu bringen.

Digitized by Google

a. Dem Widerruf steht eine „etwa nachträglich gegenüber dem Bevollmächtigten gemachte Einschränkung“ gleich. Irreführend erwähnen die Motive I S. 237 diesen Fall bei Abs. 1.

b. Abs. 2 erfordert zur Wirksamkeit des Widerrufs, daß „das Erlöschen in gleicher Weise kundgegeben ist oder der Dritte dasselbe kannte oder kennen mußte“. Das „Kundgeben“ ist neben dem „Kennen“ genannt, weil im Fall des § 75, 76 die Erklärung kundgegeben und doch ihrem Destinatär schuldlos nicht bekannt geworden sein kann; ferner weil bei öffentlicher Bekanntmachung der beim Rechtsgeschäft Betheiligte schuldlos vom Widerruf nichts wissen kann. Aber selbstverständlich muß das „kundgeben“ ein solches sein, welches in richtiger Weise verständlich war.

c. Unrichtig sagt Abs. 2, dem Dritten müsse das Erlöschen kundgegeben sein oder er müsse es gekannt haben u. s. w. Richtiger sollte es heißen: der „Widerruf“, die „Kündigung“. Denn es lassen sich wohl Fälle denken, wo der Dritte in dem entschuldbaren Irrthum ist, daß trotz des Widerrufs, der Kündigung die Vollmacht doch nicht erloschen sei. D hat an X geschrieben, V habe die Vollmacht gekündigt; X ist in dem entschuldbaren Irrthum, daß die Kündigung aus irgend einem Grunde nichtig sei. Oder D zeigt dem X den Widerruf der an V gegebenen Vollmacht an; V hält entschuldbar den D für handlungsunfähig. In allen solchen Fällen ist nicht das Erlöschen (die Wirkung) sondern der erlöschen machende Umstand (die Ursache) mitgetheilt; der Dritte kennt diesen Umstand, aber er weiß nicht und braucht auch nicht zu wissen, daß diese Ursache das Erlöschen der Vollmacht zur Folge habe. Abs. 2 würde also wörtlich genommen nicht passen. Demnach bedarf er einer Aenderung.

d. Ebenso unrichtig ist es, wenn Abs. 2 sagt: „das Erlöschen der Vollmacht durch Widerruf oder Kündigung ist wirksam“. „Wirksam sein“ heißt wirken. Ein Thatbestand ist wirksam, weil er die Rechtswirkung herbeiführt, nicht darf man die Rechtswirkung wirksam nennen, weil sie da ist. Abs. 2 kann also seinen Gedanken auf zwei Weisen ausdrücken: er kann vom Thatbestand ausgehend sagen: „Widerruf oder Kündigung der Vollmacht ist wirksam“, oder von der Rechtswirkung ausgehend: „die Vollmacht ist durch Widerruf oder Kündigung erloschen“.

e. Das Erlöschen soll gegenüber dem Dritten nur in den genannten Fällen wirksam sein. Gegenüber dem Dritten heißt: gegenüber dem besonders benachrichtigten Dritten oder gegenüber jedem Dritten bei öffentlicher Bekanntmachung. Nach dem oben zu Abs. 1 unter Nr. 4 Ausgeführten ist beide Male hinzuzudenken: sofern gerade dieser Dritte

Digitized by Google

die bei dem Rechtsgeschäft betheiligte Person ist. Anderen Personen gegenüber, welchen die Bevollmächtigung nicht angezeigt war, oder welche nicht unmittelbar bei dem Rechtsgeschäft betheiligt sind, ist der Widerruf sofort wirksam. Z. B. D hat den V bevollmächtigt an X eine Sache zu veräußern und hat dies dem Y mitgetheilt; darauf widerruft er die Vollmacht. V veräußert die Sache doch an X, und diese Sache läßt nun Y in der Zwangsvollstreckung dem X abpfänden. Kann sich Y darauf berufen, ihm sei der Widerruf der Vollmacht nicht angezeigt? Nein. Die Neufassung stellt dies außer Zweifel („gegenüber jenem Dritten").

f. Der Widerruf u. s. w. muß „in gleicher Weise" kundgegeben sein. Was heißt das? Es kann heißen: bei besonderer Kundgebung wiederum durch besondere Kundgebung, bei öffentlicher Bekanntmachung wiederum durch eine solche. Es kann auch mehr heißen: die zweite, sei es besondere, sei es öffentliche Mittheilung, muß mit der ersten ganz gleichartig sein. Also z. B.: war die erste Mittheilung mündlich erfolgt, muß auch der Widerruf mündlich erfolgen. Selbstverständlich wäre dabei aber doch wohl, daß, wo die erste Mittheilung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgt war, die Widerrufsmittheilung auch an einen bestimmten Dritten (der mit dem Vertreter etwa in Verhandlungen steht) speziell erfolgen kann. Das ist ja für den Dritten nur eine größere Sicherheit. Abs. 2 drückt das nicht aus, denn wie schon oben unter b. gesagt, liegt nicht überall, wo spezielle Mittheilung des Widerrufs erfolgt ist, auch ein Kennen oder Kennenmüssen des Dritten vor.

Wenn nun der Mittheilende wirklich an die bestimmte, von ihm zuerst gewählte Form der Mittheilung gebunden sein soll, so wäre das wenig zweckmäßig. Er hat mündlich mitgetheilt: kann er nicht schriftlich, etwa durch Zustellung seitens eines Gerichtsvollziehers, widerrufen? Dann ist nicht „in gleicher Weise kundgegeben", auch braucht, wie gesagt, kein Kennen oder Kennenmüssen vorzuliegen, und doch muß, so meinen wir, der Widerruf wirksam sein. Wir kämen also zu dem Resultat: eine besondere Mittheilung erheischt bei Widerruf — und für die Kündigung gilt analog dasselbe — eine andere besondere Mittheilung; öffentliche Bekanntmachung kann durch besondere Mittheilung oder durch neue öffentliche Bekanntmachung widerrufen werden.

Muß die zweite öffentliche Bekanntmachung gleich der ersten sein? Die Bevollmächtigung war durch Veröffentlichung in dieser Zeitung bekannt gemacht — kann der Widerruf in einer anderen Zeitung veröffentlicht werden? Wir meinen nein; die Unsicherheit für den Dritten würde sonst zu groß. Die zweite öffentliche Bekanntmachung muß also wirklich eine — soweit möglich, die erste Zeitung kann z. B. eingegangen sein — gleichartige sein.

Digitized by Google

2. Nunmehr bleibt die sachliche Hauptfrage. Abs. 2 bestimmt nur etwas über das Erlöschen durch Kündigung und Widerruf, nichts über die anderen Erlöschungsgründe der Vollmacht. Welches diese Erlöschungsgründe sind, bestimmt sich hier wie immer nach dem Rechtsverhältniß zwischen D und V. War z. B. die Vollmacht aus Anlaß eines Auftrags gegeben, und war verabredet worden, daß der Auftrag durch Tod oder eintretende Handlungs- oder Verfügungsunfähigkeit des Auftraggebers endigen solle, so würde mit einer dieser Thatsachen auch die Vollmacht endigen, selbst wenn der Dritte, dem die Bevollmächtigung kundgegeben war, von jener Verabredung oder dem Eintritt jener Thatsachen schuldlos nichts wußte. Die Motive wollen sich dieser Folgerung zwar entziehen, indem sie I S. 238 sagen: der Bestand der Vollmacht sei, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß bei der Kundgebung nicht in Bezug genommen sei, gegenüber dem Dritten von dem Rechtsgrunde unabhängig. Dieser Schluß ist indeß aus dem Entwurf selbst nicht zu begründen. Es ist deshalb auch nicht als richtig anzuerkennen (Motive I S. 239), daß im praktischen Leben ein Bedürfniß nach Schutz für den gutgläubigen Dritten in dieser Hinsicht nicht hervorgetreten sei.

Die klaren Linien des hier nothwendigen Rechts sind sofort zu finden, wenn man die etwaige Vollmacht des V streng von der durch die Kundgebung erlangten Vertretungsmacht trennt. Wie die Vollmacht, d. h. die durch Bevollmächtigung hervorgebrachte Vertretungsmacht erlischt, hat § 119 bestimmt: hier in § 120 handelt es sich einzig und allein um die Frage, wie die durch Kundgebung hervorgebrachte Vertretungsmacht erlischt. Und da ist die einfache, dem Abs. 1 entsprechende Antwort: nur durch neue Gegenkundgebung oder durch mala fides superveniens. War also der Vertreter in Wahrheit nicht bevollmächtigt, so bewendet es vollständig bei diesen Grundsätzen, von einem Erlöschen einer nicht vorhandenen Vollmacht kann ja keine Rede sein. War hingegen der Vertreter wirklich bevollmächtigt, entsprach also die Kundgebung erfolgter Bevollmächtigung der Wahrheit, so beruht die Vertretungsmacht des V ersichtlich auf zwei von einander unabhängigen Gründen: einmal auf der Bevollmächtigung, zweitens auf der Kundgebung. Der Satz also, daß die Wirkung der Kundgebung immer durch gegentheilige Kundgebung erlischt, kann niemals ungerecht gegen den Vertreter sein. Denn die Wirkung der Bevollmächtigung kann trotz jener Gegenkundgebung bestehen bleiben. In den meisten Fällen freilich wird der Grund, welcher die Kundgebung kraftlos macht, zugleich die Bevollmächtigung kraftlos machen; insbesondere kann ja die Vollmacht, wie wir zu § 119 sahen, auch durch Erklärung an den Dritten widerrufen werden. War aber die Vollmacht etwa unwiderruflich, so

Digitized by Google

besteht die Vertretungsmacht trotz der Gegenkundgebung fort, eben weil sie zugleich auf Bevollmächtigung beruht. Umgekehrt: erlischt die Vollmacht, aus welchem Grunde immer es sei, so bleibt doch die durch die Kundgebung hervorgerufene Vertretungsmacht immer so lange bestehen, bis die ihr eigenthümlichen, in § 120* Abs. 2 genannten Erlöschungsgründe eingetreten sind.

§ 121.

§ 121 enthält eine zweckmäßige Anordnung. Wenn der Vertreter eine ihm vom Vollmachtgeber ausgehändigte Vollmachtsurkunde dem Dritten vorgelegt hat, so soll § 120 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden, d. h. der Vertreter soll dann dem Dritten gegenüber als bevollmächtigt gelten (§ 121 Abs. 1), selbst wenn er in Wahrheit nicht bevollmächtigt ist; oder ohne Fiktion gesprochen: die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde bewirkt, daß der Vertreter dem Dritten gegenüber Vertretungsmacht hat, auch wenn eine giltige Bevollmächtigung nicht stattgehabt hatte. Liegt eine giltige Bevollmächtigung vor, so beruht die Vertretungsmacht des Vertreters erstens auf der Bevollmächtigung, zweitens auf der Vorlegung der Urkunde. Praktisches Interesse hat also der Rechtssatz des § 121 nur, wenn keine giltige Bevollmächtigung vorliegt.

1. Und dieser Fall ist denkbar. Denn einmal fallen, wie die Motive I S. 238 sagen, Bevollmächtigung des V und Ueberlieferung der Vollmachtsurkunde an ihn nicht nothwendig zusammen. Häufig wird zwar in der Ueberlieferung der Vollmachtsurkunde zu dem Zweck, daß der Vertreter seine Vollmacht nachweisen könne, eine Wiederholung der Vollmachtsertheilung liegen; aber das braucht nicht immer der Fall zu sein. Die Motive fahren richtig fort: auch wo Bevollmächtigung des V und Ueberlieferung der Urkunde an ihn in einem Rechtsakt zusammenliegen, könne doch dieser Akt gegenüber dem Vertreter ungiltig sein, weil der Vertreter von einem unterlaufenden Willensmangel[221]) oder Betruge[222]) Kenntniß gehabt hat, während der Dritte Schutz verdiene. Diesen Schutz gewährt nun eben § 121 Abs. 1: die Ueberlieferung der Vollmachtsurkunde an den Vertreter soll, wenn dieser die Urkunde dem Dritten vorlegt, wie eine Kundgebung der Bevollmächtigung an den Dritten behandelt werden.

---

[221]) Der Fall ist so zu denken: die mit diesem Willensmangel (etwa aus § 98) behaftete Erklärung ist nichtig, obwohl der Erklärende in grober Fahrlässigkeit war, weil der Vertreter diesen Mangel kannte, § 99 Abs. 3; der Dritte kannte ihn nicht.

[222]) Der Fall ist gemäß § 103 Abs. 2 zu denken.

Digitized by Google

2. Entsprechend der zu § 120 Abs. 1 unter Nr. 3 begründeten Aenderung des § 120 setzt die Neufassung indeß auch im Fall des § 121 Abs. 1 hinzu, daß die Vorlegung einer Vollmachturkunde nur dann Vertretungsmacht wirkt, wenn der Dritte über das Nichtbestehen der Vollmacht in entschuldbarer Unkenntniß ist.

3. Der Dritte ist auch hier nur der Dritte, welcher bei dem Rechtsgeschäft, um das es sich handelt, dem Vertreter als Betheiligter gegenübertritt. Abs. 1 sollte das sagen; wie er lautet, ergiebt er einen falschen Sinn: er ließe sich auch auf Dritte, die nicht bei dem Rechtsgeschäft unmittelbar betheiligt sind, beziehen.

4. Abs. 1 sagt: „wenn der Bevollmächtigte zum Nachweise der Bevollmächtigung von dem Vollmachtgeber eine Vollmachtsurkunde erhalten hat". Statt „Bevollmächtigter" und „Vollmachtgeber" heißt es besser „Vertreter" und „Vertretener", da ja gerade an den Fall zu denken ist, daß der Vertreter in Wahrheit nicht giltig bevollmächtigt war; siehe oben zu § 120 Abs. 1 unter Nr. 2.

5. Der Vertreter muß die Urkunde vom Vertretenen *erhalten* haben; stiehlt er also die bereits ausgestellte Urkunde und benutzt sie dann, so ist den Erfordernissen des § 121 nicht genügt.

6. Was bedeuten die Worte „*zum Nachweise der Bevollmächtigung* erhalten"? Nicht glaublich, daß sie bloß das Wort „eine Vollmachtsurkunde" gegen das Mißverständniß schützen sollen, als könne es eine beliebige Vollmachtsurkunde sein: selbstverständlich darf sie nicht auf einen Anderen als diesen bestimmten Vertreter lauten. Sollen jene Worte einen Gegensatz dagegen bilden, daß der Vertretene dem Vertreter die Vollmachtsurkunde etwa unvorsichtiger Weise zur Ansicht gegeben habe? Wir würden meinen, daß es kein Unding sei, den Aussteller der Urkunde seiner Fahrlässigkeit halber dem gutgläubigen Dritten gegenüber auch jetzt haften zu lassen. Jedenfalls wäre der Fall ein so äußerst seltener, daß man seinetwegen keine besondere Klausel, hinter der man alles mögliche Andere suchen möchte, in den Text des Gesetzes aufzunehmen braucht. Hat aber der Vertretene dem Vertreter die Urkunde überhaupt übergeben und ein anderer Zweck ist nicht ersichtlich, so wird zu vermuthen sein, daß er sie ihm auch „zum Nachweise der Bevollmächtigung" gegeben habe.

7. Der Vertreter muß die Urkunde dem Dritten *vorgelegt* haben. Und zwar die Urkunde im Original, beglaubigte Abschrift genügt, wie aus Abs. 4 hervorgeht, nicht. Unter „Vorlegen" ist zu verstehen: die Urkunde in eine solche räumliche Lage zum Anderen bringen, daß er ihren Inhalt lesen kann. Daß der Dritte sie gelesen *hat*, ist nicht erfordert.

Digitized by Google

8. Wir ergänzen die Vorschrift des Abs. 1 dahin: „bei diesem Rechtsgeschäft vorgelegt hat". Wir meinen also, daß, wenn die Vollmacht dem Inhalt der Urkunde nach nicht auf ein einzelnes Rechtsgeschäft beschränkt ist, doch bei jedem einzelnen Rechtsgeschäft die Vorlegung wiederholt werden muß, um auch für dieses zu wirken. Anderer Ansicht sind die Motive I S. 239, sie sagen: „nicht nöthig ist die Wiederholung der Vorlegung bei dem Abschlusse etwaiger späterer Rechtsgeschäfte". Das wäre jedenfalls unzweckmäßig. D hat dem V eine Generalvollmacht ausgestellt, V hat diese dem X gelegentlich (außerhalb eines Rechtsgeschäfts oder bei einem Rechtsgeschäft) gezeigt. Ein Jahr darauf kommt V und will wiederum ein Rechtsgeschäft mit X schließen. Dieser läßt sich die Urkunde nicht wieder vorlegen. In Wahrheit war aber die Vollmacht längst erloschen; die Urkunde war vom V zwar nicht dem D zurückgegeben, aber doch vor den Augen des D vernichtet worden. Unmöglich kann sich X jetzt noch auf das Vorgelegtsein einer Vollmachtsurkunde berufen dürfen.

Was der Sinn des Entwurfs ist, kann zweifelhaft sein. Er sagt in Abs. 4: „Solange die Vollmachtsurkunde nicht zurückgegeben ist", wirkt Widerruf der Vollmacht gegen den Dritten nur, wenn dieser ihn kannte. Ist also die Vollmachtsurkunde zurückgegeben, so wirkt der Widerruf in gewöhnlicher Weise. Man könnte nun sagen: welchen Sinn hat es, an das Zurückgeben der Urkunde die genannte Wirkung zu knüpfen, wenn der Dritte bei Abschluß des einzelnen Rechtsgeschäfts die Urkunde garnicht zu sehen braucht? Das Zurückgeben kann doch nur dann von Werth sein, wenn es eine Thatsache ist, die dem Dritten beim Rechtsgeschäft selbst bekannt werden muß. Man könnte andererseits sagen: wozu brauchte Abs. 4 das Zurückgeben noch besonders zu erwähnen, wenn doch überhaupt die ganze in § 120 Abs. 1 besprochene Wirkung nur bei Haben und Vorlegen der Urkunde eintritt? Wir geben dem ersteren Grund den Vorzug und glauben mit unserer Aenderung demnach auch den eigentlichen Sinn des Entwurfs zu treffen.

9. Damit sind wir bereits bei der Besprechung des § 121 Abs. 4. Er bestimmt: solange die Urkunde weder zurückgegeben noch für kraftlos erklärt ist, bleibt auch Widerruf oder Kündigung der Vollmacht gegenüber dem gutgläubigen Dritten einflußlos. Die Erörterungen zu § 120 Abs. 2 sind unmittelbar hierher zu übertragen; die dort für nothwendig erklärten Aenderungen sind auch hier nothwendig. Der Grundgedanke des § 121 tritt wiederum nur dann klar heraus, wenn die durch die Vorlegung der Urkunde bewirkte Vertretungsmacht streng von der auf der etwaigen Bevollmächtigung beruhenden Ver-

Digitized by Google

tretungsmacht getrennt wird. Ob eine Vollmacht (Vertretungsmacht kraft Bevollmächtigung) überhaupt je vorhanden war und ob sie noch besteht oder wieder erloschen ist, das ist eine Frage ganz für sich: sie beantwortet sich lediglich nach § 119. Hier in § 121 Abs. 4 ist nur die Frage zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen die Vorlegung der Urkunde unfähig wird, Vertretungsmacht zu schaffen.

Da nach unserer Ansicht die Urkunde bei jedem einzelnen Rechtsgeschäft vorgelegt werden muß, so versteht es sich von selbst, daß sie ihre Kraft verliert, wenn sie zurückgegeben ist: der Vertreter hat sie ja dann nicht mehr in Händen. Dasselbe muß bei jedem Verlust der Urkunde, derselbe geschehe wie immer er wolle, statthaben. Wenn übrigens Abs. 2 den Vertreter zur Zurückgabe der Urkunde nach Erlöschen der Vollmacht für verpflichtet erklärt, so haben die Worte „nach Erlöschen der Vollmacht" für uns, die wir die Vollmacht unter Umständen für unwiderruflich halten, noch eine besondere beschränkende Bedeutung, die sie nach dem Entwurf nicht haben.

Wenn aber der Vertreter die Vollmachtsurkunde noch hat, so bewirkt doch ihre Vorlegung beim Rechtsgeschäft keine Vertretungsmacht:

a) wenn der Dritte das Erlöschen der Vollmacht kannte oder hätte kennen müssen. Diese Bestimmung ist für uns entbehrlich, da wir nach Abs. 1 überhaupt schuldlose Gutgläubigkeit des Dritten verlangen. Der Text des § 121* Abs. 1 spricht daher von Kenntniß des „Mangels der Vollmacht", ohne Rücksicht darauf, ob die Vollmacht nie bestanden hat oder ob sie wieder erloschen ist;

b) wenn die Vollmachtsurkunde für kraftlos erklärt ist, § 121 Abs. 3. Daß die Urkunde in irgend einer rechtlich wirksamen Weise für kraftlos erklärt werden könne, ist entschiedenes Bedürfniß. Vielleicht kann D vom Bevollmächtigten die Urkunde nicht zurückerlangen, auch Klage, Zwangsvollstreckung, Offenbarungseid nützen möglicher Weise nichts, weil etwa der Bevollmächtigte zur Zeit der Eidesleistung in der That nicht weiß, wo die noch existirende Urkunde sich befindet. Das Verfahren ist nun nach dem Entwurf sehr einfach: der Vollmachtgeber stellt den Antrag, das Gericht erläßt die Erklärung durch Beschluß. Dieser Beschluß wird nach den für die öffentliche Zustellung geltenden Vorschriften bekannt gemacht, und wird wirksam mit Ablauf eines Monats seit der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter. Zuständig ist nach Wahl des Ausstellers das Gericht seines allgemeinen Gerichtsstandes oder das für die Klage auf Zurückgabe der Urkunde zuständige Gericht.

Es würde nun im Verfolg der obigen Gedanken liegen, die Kraftloserklärung nur zuzulassen, wenn eine Vollmacht nicht besteht (nie bestanden hat oder wieder erloschen ist). In § 121 Abs. 3

Digitized by Google

fehlt eine derartige Beschränkung. Da indeß nach dem Entwurf der Vollmachtgeber die Vollmacht jederzeit frei widerrufen kann, so macht das Fehlen dieser Beschränkung praktisch kaum etwas aus. Anders aber, wenn man den zu § 119 gegebenen Ausführungen entsprechend die Möglichkeit unwiderruflicher Vollmachten zugiebt. Hier scheint jene Beschränkung Bedürfniß. Nimmt man sie aber auf, so müßte man auch weiter bestimmen, daß der Kraftloserklärung seitens des Gerichts auch eine Verhandlung mit dem Bevollmächtigten voranzugehen habe; mit anderen Worten es würde ein kontradiktorisches Verfahren nöthig werden: der Antrag auf Kraftloserklärung würde zu einer Klage, der Beschluß zu einem Urtheil. Diese Regelung hätte noch einen weiteren Vortheil. Nach dem Recht des Entwurfs kann der Urkundeninhaber wohl in die Lage kommen, mit einem Dritten zu verhandeln, ohne daß er von der Entkräftung der Urkunde, die er vorlegt, weiß. Das kann peinliche Folgen für ihn haben. Offenbar ist es in seinem Interesse, wenn die Kraftloserklärung zugleich sein Wissen von derselben, wenigstens in den normalen Fällen vorausgesetzt.

Trotzdem kann es bei der sehr viel bequemeren und einfacheren Vorschrift des Entwurfs bleiben. Die entgegenstehenden Fälle sind ja schon an sich selten; zudem ist wohl zu beachten, daß durch die Kraftloserklärung die Vollmacht selbst, wenn sie überhaupt vorhanden war, keineswegs erlöschen würde. Käme also der Fall vor, daß bei unwiderruflicher Vollmacht die Urkunde doch für kraftlos erklärt würde, so bliebe der Vertreter trotzdem bevollmächtigt und würde wegen jener Kraftloserklärung gegen den Vollmachtgeber auf Schadenersatz und Anerkennung der Giltigkeit der Vollmacht, auch auf Ausstellung einer neuen Vollmachtsurkunde klagen können. Man darf vermuthen, daß der Bevollmächtigte hierdurch genügend geschützt ist, und daß es deshalb bei der Bestimmung des Abs. 3 bleiben kann.

§ 122.

Der praktische Grund der Sonderbestimmung des § 122 ist schon Theil I S. 59 erörtert worden. Nimmt der bevollmächtigte Vertreter ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft vor, so kann der Adressat, da er sich ja lediglich passiv zu verhalten hat, nicht feststellen, ob der Vertreter wirklich bevollmächtigt ist. § 122 giebt dem Empfänger das Recht, die Erklärung zurückzuweisen, wenn der Vertreter sich nicht sofort über seine Vollmacht ausweist, und zwar durch eine Vollmachtsurkunde. An sich ließe sich ja auch noch ein anderer

Digitized by Google

Beweis, etwa durch Zeugen, denken, aber praktisch liegt es so, daß nur eine schriftliche Vollmacht in Betracht kommt.

§ 122 sagt, das Rechtsgeschäft sei unwirksam (und zwar endgiltig unwirksam, also nichtig), wenn der Empfänger es bei oder unverzüglich nach der Vornahme zurückweist. Es genügt, „unverzüglich" zu sagen. Dabei muß man auch an Fälle denken, wo das Rechtsgeschäft unter Abwesenden vorgenommen wird. Der Begriff des „unverzüglich" ist hier derselbe wie in § 85. „Zurückweisung" ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, aber doch wohl ein empfangsbedürftiges; daher ist das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft völlig wirksam, wenn die Zurückweisungserklärung dem Vertreter nicht zukommt, z. B. wenn der sie enthaltende Brief unterwegs verloren geht.

Wem gegenüber muß die Zurückweisung erklärt werden? Genügt es, wenn der Vertretene selbst sie entgegennimmt? Wir glauben nein. Im Fall einer Generalvollmacht würde das zu Verwickelungen schwer lösbarer Art führen.

Die Zurückweisung soll geschehen „wegen Mangels der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde". Damit ist wohl nicht erfordert, der Dritte müsse bei der Zurückweisung diesen Grund erklären: vielmehr muß nur kenntlich sein, daß er die Zurückweisung gerade aus diesem und keinem anderen Grunde vornimmt. Man denke an den Fall, daß ein Sohn des Hauswirths dem Miether ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde am 31. März zum 1. Oktober kündigt; der Miether erklärt mit der wenigstens in mehreren Theilen Deutschlands üblichen Wendung, „er nehme die Kündigung nicht an", weil er der irrigen Meinung ist, daß ihm nur halbjährig zum 1. Juli und 1. Januar gekündigt werden könne. Daran, daß der Sohn des Hauswirths Vollmacht vom Vater hat, zweifelt er nicht. Als es nun zum Exmissionsprozeß kommt, beruft sich der Miether darauf, er habe die Kündigung zurückgewiesen, und eine Vollmachtsurkunde sei nicht vorgelegt worden. Beides ist richtig, trotzdem besteht die Kündigung zu Recht, denn zwischen beiden Thatsachen besteht nicht der erforderliche Kausalzusammenhang. Diese nach § 122 nöthige Entscheidung ist zu billigen; die Worte „wegen dieses Mangels" sind deshalb nicht überflüssig.

§ 122* dehnt die Regel des § 122 auch auf Vertreter ohne Vertretungsmacht aus. Darüber s. unten zu § 123 unter b).

§ 123.

§§ 123 ff. handeln von der Vertretung ohne Vertretungsmacht. **1.** Der Entwurf entscheidet: 1) Verträge sind in der Schwebe bis zur Entscheidung des Vertretenen (§ 123); 2) über Entgegennahme einseitiger

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte ist nichts gesagt: sie soll nach den Motiven nichtig sein (s. oben S. 81); 3) Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte soll nach § 126 ebenfalls nichtig sein; wenn jedoch bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften der Empfänger sich mit der Vornahme einverstanden erklärt, so finden die für Verträge geltenden Vorschriften Anwendung, d. h. das Geschäft ist in der Schwebe. Die letztere Bestimmung ist, wie Theil I S. 51 dargelegt wurde, überflüssig, da in dem Sicheinverstandenerklären eben ein Vertrag liegt. Es bedürfte also bloß der Bestimmung, daß einseitige Rechtsgeschäfte Seitens des machtlosen Vertreters und ebenso einseitige Rechtsgeschäfte gegenüber ihm nichtig sind.

Für nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte scheint uns das Recht des Entwurfs geeignet (§ 122a*), anders bei empfangsbedürftigen. Hier jede machtlose Vertretung auszuschließen entspricht dem Verkehrsbedürfniß nicht; wir schlagen vielmehr auch hier Eintritt eines Schwebeverhältnisses vor. Für den Vertretenen, der seine Genehmigung ja versagen kann, ist die Anordnung eines Schwebeverhältnisses selbstverständlich nur günstig; aber auch den Dritten belastet sie nicht ungerecht:

a) erstens dann nicht, wenn der Dritte eine einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertreter vornimmt. Das ist sein freier Wille, er kann sich also über das eintretende Schwebeverhältniß nicht beklagen: hätte er sich ja doch vorher vergewissern können. Zudem hilft ihm die in § 123* Abs. 3 vorgeschlagene kurze Genehmigungsfrist; endlich hat er auch gegen den Empfänger, der ihn über den Mangel der Vertretungsmacht täuscht, die zu § 124 zu besprechende Hilfe;

b) zweitens dann nicht, wenn der Vertreter ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten vornimmt. Hier gewährt dem Dritten der § 122* Hilfe: er kann Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangen; erfolgt diese nicht, so kann er das Rechtsgeschäft zurückweisen. Nimmt er hingegen die Erklärung unbeanstandet entgegen, so kann er sich wiederum über das eintretende Schwebeverhältniß nicht beklagen. Die Kürze der in § 123* Abs. 3 vorgeschlagenen Genehmigungsfrist und die Möglichkeit sich an den Vertreter, wenn dieser ihn täuschte, zu halten, schützt den Dritten auch hinlänglich. Vgl. auch Bähr S. 343 fg.

2. Das hiernach eintretende Schwebeverhältniß ist rechtlich so zu ordnen, wie das Schwebeverhältniß bei verfügenden Verträgen eines selbständig handelnden Minderjährigen: hier gilt also alles das, was wir in Theil I zu § 65 ausführten.

§ 123 Abs. 2 ist gleich § 65 Abs. 4. Er bedarf also auch derselben Umformung, die wir für § 65 Abs. 4 als erforderlich ansahen. Fraglich kann nur sein, ob überhaupt diese Bindung des Dritten

Digitized by Google

gegenüber dem Gestor der Gerechtigkeit entspricht. Das ist bestritten worden, aber meines Erachtens aus unzureichenden Gründen. Dem Dritten geschieht mit dieser Bindung kein Schade, da er nach unserem noch zu erwähnenden Vorschlag (§ 123* Abs. 3) in kürzester Frist die Entscheidung über die Wirksamkeit des Geschäfts herbeiführen und sich bei Verweigerung der Genehmigung an dem Vertreter schadlos halten kann. Der Vertreter seinerseits aber ist an der Möglichkeit zurückzutreten nicht weiter interessirt. Wir lassen es also bei der Bestimmung des § 123 Abs. 2 in der Form des § 65* Abs. 3.

3. § 123 Abs. 3 besagt, an wen und in welcher Frist die Erklärung über die Genehmigung zu erfolgen hat. Wir begründeten I S. 57 fg., daß der für den Minderjährigen geltende Satz des § 65* in Abs. 2 auch für den vollmachtlosen Vertreter gelten müsse, der Satz nämlich, daß die Genehmigung, sowie deren Verweigerung nur dem Vertragsgegner gegenüber erklärt werden könne.

Eine eigene Bestimmung, daß der Vertreter sich auch auf die an den Dritten ertheilte Genehmigung wenigstens berufen dürfe (siehe Theil I S. 57), lassen wir fort, um die Rechtslage nicht allzusehr zu verwickeln. — Praktisch wird sich übrigens die Sache häufig so machen, daß der Dritte von dem Mangel der Vertretungsmacht garnichts erfährt und der Vertretene seine Genehmigung ausschließlich dem Vertreter gegenüber ertheilt. Im Zweifel liegt in dieser Genehmigung zugleich eine Genehmigung gegenüber dem Dritten; diesem bleibt aber nach unserem Vorschlag die Möglichkeit, sich durch eine Anfrage bei dem Vertretenen über die Wirksamkeit des Geschäfts zu vergewissern.

4. Das Aufforderungsrecht des § 123 Abs. 3 Satz 1 ist zweckmäßig, wenn die Frist in der zu § 65* Abs. 5 normirten Weise gekürzt ist (Theil I S. 60 ff.). Die für § 65 erforderlich gewesene Erweiterung des Aufforderungsrechts ist für § 123 kein Bedürfniß mehr, wie I S. 59 ausgeführt wurde; ja sie wäre sogar unzweckmäßig, denn der Vertretene wird häufig deshalb Vollmacht gegeben haben, weil er zur Zeit des Geschäftsabschlusses abwesend sein will: die Aufforderung an ihn, zu erklären, ob er Vollmacht gegeben habe oder nicht, mit dem Präjudiz, daß bei Nichtantwort die Vollmacht als nicht ertheilt gelte, würde also die Vollmachtertheilung illusorisch machen können.

5. § 123 Abs. 4 kann fehlen, wie I S. 119 gesagt wurde. Mit demselben Recht hätte in § 65 zu stehen, daß in den Rechtsverhältnissen nichts geändert wird, wenn der Mundwalt stirbt, ebenso wenn (siehe I S. 63 Nr. 12) der Minderjährige selbst stirbt.

Digitized by Google

§ 124, 125.

§§ 124 und 125 geben Benefizien für den Dritten, der mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht[223]) einen Vertrag geschlossen hat.

1. Sie knüpfen diese Benefizien übereinstimmend daran, daß „der Vertreter bei Schließung des Vertrages nicht kundgegeben hat, daß er ohne Vertretungsmacht sei, es sei denn, daß der andere Vertragschließende den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat". „Kundgegeben" ist wohl gesagt, um ausdrückliche und stillschweigende Erklärungen zugleich zu umfassen; wir sprechen auch hier wie in § 116* von „Kenntlichkeit". Zwei Entscheidungen, die sich aus dieser Regelung des Entwurfs ergeben, sind besonders zu erwähnen: 1) Wenn der der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht in objectiv genügender Weise kundgegeben, der Dritte diese Kundgebung aber mißverstanden hat, so greifen die §§ 124, 125 nicht Platz, mag auch der Dritte, was sehr wohl möglich ist, ganz schuldlos gewesen sein. Dies erscheint uns gerecht. 2) Wenn eine Kundgebung nicht erfolgt ist, weil der Vertreter glauben durfte, der Dritte kenne den Mangel der Vertretungsmacht, während das lediglich aus Fahrlässigkeit des Dritten nicht der Fall war, so greifen die §§ 124, 125 trotzdem Platz. Dies erscheint uns nicht gerecht.

2. Nach § 124 kann der Dritte vor erfolgter Entscheidung seitens des Vertretenen von dem Vertrag zurücktreten. Wir halten diese Bestimmung für überflüssig: der Dritte ist durch die Kürze der in § 123* Abs. 3 vorgeschlagenen Genehmigungsfrist völlig genügend geschützt; s. auch Theil I S. 56. Sollte der Dritte durch die Unsicherheit während der Zeit des Schwebeverhältnisses wirklich Schaden haben, so bleibt ihm zudem immer noch eine Regreßklage gegen den Vertreter, sofern dieser durch die Nichtkundgebung der Vertretungsmacht eine unerlaubte Handlung begangen hat.

3. Nach § 125 soll bei Verweigerung der Genehmigung der Vertreter dem Gegner persönlich haften und zwar nach Wahl des Gegners auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Hier tritt uns derselbe fehlerhafte oder zu enge Begriff der „Erfüllung" des Vertrages entgegen, der uns in § 69 und § 97 Abs. 3 begegnet ist, s. Theil I S. 72 fg. und oben S. 20. Erfüllung setzt (s. § 224 und Rubrum vor § 263) ein bestehendes Schuldverhältniß voraus. Gemeint ist aber in § 125 ganz allgemein: der Vertreter selbst muß den Zustand herstellen, der bei Giltigkeit des Vertrags vorhanden wäre, oder, wenn er das nicht kann, eine Ausgleichung dafür in Geld gewähren

[223]) Diese Benefizien fallen also fort, wenn der Vertreter zwar kraft nichtiger Vollmacht handelte, der Vertretene aber eine Kundgebung an den Dritten gerichtet hatte, durch welche ja nach § 120* Vertretungsmacht entsteht.

Digitized by Google

(§ 219). Hat also z. B. der Vertreter vollmachtslos eine Sache des Vertretenen in dessen Namen als Geschenk an den Dritten übergeben, so ist er verpflichtet, dem Dritten das Eigenthum der Sache zu verschaffen oder Schadensersatz zu geben, gleich als ob die Leistung der Sache zum Geschenk bloß *versprochen* wäre.

Die Bestimmung des § 125 widerstreitet den sonstigen Prinzipien des Entwurfs. Wer ein wegen Willensmangels oder wegen Unmöglichkeit nichtiges Rechtsgeschäft abschließt, soll nur bei eigener Schuld und zugleich Schuldlosigkeit des Gegners haften: der Vertreter aber soll wegen Vollmachtsmangels ohne alle Rücksicht auf eigene Schuld, ja sogar dann haften, wenn der Gegner aus grober Fahrlässigkeit den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte — der Schuldlose haftet dem Fahrlässigen! Die Motive selbst sagen[224]), im Fall des § 125 werde der Vertreter *in der Regel* im Irrthum über das Vorhandensein oder den Umfang der Vertretungsmacht sein; wie leicht aber dieser Irrthum völlig schuldlos sein kann, bedarf wohl keiner weiteren Ausmalung: man denke nur daran, daß die Vollmacht gefälscht ist, daß der anscheinend gesunde Vollmachtgeber geisteskrank war.

§ 125 muß mit den Vorschriften des fünften Titels in Einklang gebracht werden. Jede Ausnahme ist als solche ein Uebel, und Konsequenz ist Gerechtigkeit. Nur wenn besondere Zweckmäßigkeitsgründe dafür sprechen, darf von der Konsequenz abgewichen werden; so lange wie möglich aber sollen gleiche Verhältnisse auch gleich geregelt werden. Entsprechend den Vorschlägen des fünften Titels lassen wir den machtlosen Vertreter ohne Rücksicht auf eigene Schuld haften; diese Haftung findet aber ihre Schranke an der eigenen Fahrlässigkeit des Dritten, wie das § 103 b* durch Verweisung auf § 222* sagt. Das Worauf der Haftung bestimmt sich ebenfalls nach § 103 b*. Daß die Eigenhaftung schlechthin auf den Sinn der Erklärung eine Ungerechtigkeit schwerster Art sein kann, lehrt das von *Westrum* Gutachten Heft 3 S. 233 fg. angeführte Beispiel in beredter Weise[225]).

Der in § 125* Abs. 2 gemachte Zusatz rechtfertigt sich durch das, was *Bähr* S. 340 gesagt hat.

§ 126.

S. oben zu § 123, S. 114.

---

[224]) I S. 244.

[225]) Ueber die Versuche, schon vom Boden des gemeinen Rechts aus zu einem Satz, wie ihn § 125 enthält, zu gelangen, vgl. *Mitteis*, Stellvertretung S. 164 ff. *Mitteis* selbst kommt konsequenter Weise zur Haftung auf Schadensersatz bei vorhandener culpa.

Digitized by Google

Neunter Titel.

Einwilligung und Genehmigung.

Der Entwurf unterscheidet Einwilligung und Genehmigung; einen gemeinsamen technischen Ausdruck kennt er nicht. Ohne Zweifel ist es aber Bedürfniß, einen solchen zu besitzen. Der Ausdruck „Zustimmung" bietet sich hier bequem dar[226]), er umfaßt zugleich auch die gleichzeitige Zustimmung. Da es häufig nothwendig ist, die vorherige und die nachträgliche Zustimmung gesondert zu nennen, schon weil in so und so vielen Fällen nur die erstere möglich ist, behalten wir neben dem gemeinsamen Wort Zustimmung auch die Artausdrücke Einwilligung[227]) und Genehmigung bei[228]). § 127a* und 127b* kennzeichnen die technische Bedeutung dieser Worte. Wünschenswerth wäre es aber, daß die Unterscheidung zwischen Einwilligung und Genehmigung schärfer durchgeführt werde, als geschehen ist; leider bedeutet „Genehmigung" in der Sprache des Entwurfs ab und zu auch etwas anderes als nachträgliche Zustimmung[229]). § 127 bespricht übrigens

[226]) Der Entwurf verwendet das Wort Zustimmung öfter für Einwilligung, siehe § 27, 1637, 1122, 1390, 1393, 1637, 1641, 1646, wobei nicht immer klar ist, ob er nicht auch die Genehmigung mit darunter begreift. Hier wäre also eine Reinigung des Sprachgebrauchs erforderlich. — In anderem Sinne steht Zustimmung in § 44 Abs. 5, § 48 Abs. 3 und 5, in wieder anderem in § 65 Abs. 4, § 1144.

[227]) Statt Einwilligung kommt ferner vor z. B. „Wille" in § 36, „gestatten" in § 68, „Erlaubniß" (bei Behörden) in § 1642, 1646, „Ermächtigung" in § 68, siehe oben S. 80 N. 190; umgekehrt steht Einwilligung statt Ermächtigung in § 1307, siehe Theil I S. 64 N. 81.

[228]) Gegen die Beibehaltung Goldschmidt, S. 71fg., siehe auch Gierke, S. 171 N. 3.

[229]) Genehmigung 1) = Einwilligung und Genehmigung: § 1541, 1542, 1681, 1682, Motive I S. 247 a. E. 2) = Einwilligung: Staatsgenehmigung in § 701. 3) = Verzicht auf ein Anfechtungsrecht: § 113 Abs. 3 (s. oben S. 78), § 1263, 1284, 1630, 1948 Abs. 3 und 4. 4) = Billigung: beim Kauf auf Probe § 471, 473.

Digitized by Google

die Einwilligung und Genehmigung nur soweit, wie von ihr die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts selbst, also im Verhältniß zu der dritten Person abhängt; die obligatorische Wirkung zwischen dem Zustimmenden und dem, welchem die Zustimmung ertheilt wird, ist davon getrennt zu halten: sie steht hier nicht in Frage (siehe § 758 und Theil I S. 57).

Die zahlreichen Fälle der Zustimmung zu fremden Rechtsgeschäften lassen sich in drei Gruppen theilen[230]):

1) Jemand verfügt suo nomine über eigene Rechte, während der Zustimmende für ihn die Verfügungsmacht hat: Zustimmung des Mundwalts § 65; hierhin lassen sich auch als analoge Fälle diejenigen stellen, in denen der Mundwalt noch der Zustimmung einer weiteren Instanz, des Vormundschaftsgerichts, Gegenvormunds oder Beistands bedarf, siehe z. B. § 1681, 1682, 1541.

2) Jemand verfügt alieno nomine: der Vertretene muß zustimmen (durch Vollmacht oder Genehmigung), § 123.

3) Jemand verfügt suo nomine, greift mit dieser Verfügung aber in den Rechtskreis oder doch in die Interessen eines Anderen ein: dieser muß zustimmen; z. B. § 309, 310, 830, 876, 960, 965, 1016, 1024, 1177, 1189, 1213; ferner § 266, 315, 533, 1831, 1900. Hierhin auch wohl § 468.

§ 127 Abs. 1, 2.

1. Abs. 1* enthält dem Entwurf gegenüber stilistische Vereinfachungen; er ergänzt ihn außerdem in drei Richtungen:

a. Auch die Einwilligung kann im Voraus verweigert werden, sodaß dann bei Abschluß des Rechtsgeschäfts ein Schwebeverhältniß nicht entsteht und eine Genehmigung nicht mehr möglich ist. Schließen freilich zwei Parteien ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft ab, indem sie wissen, daß die Einwilligung vorher verweigert ist, so stellen sie damit dem Genehmigungsberechtigten die Genehmigung aufs Neue frei.

b. Abs. 1* nimmt zugleich auch eine Bestimmung darüber auf, wie der Widerruf, soweit er überhaupt zulässig ist, erfolgen kann (siehe oben zu § 119 S. 91 fg., 97).

c. § 127 spricht von der Einwilligung „in die Vornahme eines Rechtsgeschäftes", von Genehmigung des „vorgenommenen Rechtsgeschäftes". Das ist zu eng. Wir haben oben (S. 95 fg.) gefunden, daß nach der eigenen sachgemäßen Auffassung des Entwurfs die Ein-

[230]) Daß diese Gruppen schlechthin erschöpfend seien, kann ich nicht mit Sicherheit behaupten.

Digitized by Google

willigung und ebenso die Genehmigung nicht das Geschäft als solches, sondern die rechtsgeschäftliche Thätigkeit gerade der einen oder gerade der anderen Partei betrifft. Demnach giebt es auch Fälle, wo die bloße Entgegennahme einer fremden Erklärung der Zustimmung eines Anderen bedarf; siehe z. B. § 66 Abs. 2 (§ 65* Abs. 1) und § 123* Abs. 1. Vornahme aber umfaßt nach dem technischen Sprachgebrauch des Entwurfs die Entgegennahme nicht mit, siehe Theil I S. 27 bei N. 23—25. Die Neufassung bringt die Unterscheidung zwischen der Partei, welche der Zustimmung bedarf[231]), und dem etwaigen[232]) „Geschäftsgegner“[233]) zum Ausdruck[234]).

d. § 127 spricht ebenso wie § 127* nur von der Zustimmung zum Rechtsgeschäft eines Anderen. Es giebt aber auch Zustimmung zu eigenen Rechtsgeschäften: siehe § 65 Abs. 6. Trotzdem ist hier keine Lücke, weil § 65 Abs. 6 die Gleichstellung beider Fälle ausspricht. Daß die Genehmigung der eigenen Erklärung nur gegenüber der Gegenpartei erfolgen kann, geht aus § 65 Abs. 3 (§ 65* Abs. 2) hervor.

2. Im Abs. 2 halten wir den ersten Satz für überflüssig, den zweiten aber für sachlich ungeeignet; wir erachten es vielmehr mit Anderen für zweckmäßig, die für das Hauptgeschäft erforderte Form stets auch für die Zustimmungserklärung zu erfordern. Die Formvorschrift kann den Zweck haben[235]), unüberlegte Geschäfte zu verhüten, oder sie soll die Vollendung und den Inhalt des Rechtsgeschäfts sicher stellen. In beiden Fällen muß sie diesem ihrem Zweck nach von demjenigen erfüllt werden, der eben den rechtsgeschäftlichen Entschluß, um dessen Ueberlegtheit oder inhaltliche Vollendung es sich handelt, zu fassen

---

[231]) Zu dieser Wendung vgl. § 1277, 1303, 1816; oben S. 95 N. 209, 210.

[232]) „Etwaigen“: denn bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften giebt es keinen „Gegner“.

[233]) Zu dem Worte „Gegner“ vgl. Theil I S. 24; § 65* Abs. 5, § 120*, 121*. Scheint „Gegner“ nicht klar genug, so muß in § 127* die Schlußwendung der Formulirung der nächsten Note gewählt werden.

[234]) Hält man dies nicht für nöthig, so läßt sich einfacher (mit Verwendung des Begriffs „Rechtsgeschäft“, wie ihn § 67 und § 68 (= § 67*) kennen siehe Theil I S. 27 Abs. 1) so formuliren: „Ist die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von der Zustimmung eines Anderen abhängig, so kann die Ertheilung und die Verweigerung und, soweit Widerruf zulässig ist, auch der Widerruf der Zustimmung sowohl dem Erklärenden wie dem etwaigen Erklärungsempfänger gegenüber wirksam erklärt werden.

[235]) Vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 268 ff.; siehe auch Windscheid, Pand. § 73 N. 20.

Digitized by Google

hat. Diesen rechtsgeschäftlichen Entschluß faßt in erster Linie allerdings der Handelnde selbst: darum hat jedenfalls er die erforderliche Form zu wahren. Es kommt nun darauf an, wie sich zu seinem Entschluß der des Zustimmenden verhält. Hier wird man unterscheiden müssen. 1) Der im Interesse eines Anderen und für ihn Verfügungsberechtigte, ebenso aber auch der vertretene Geschäftsherr macht mit seiner Zustimmung den gesammten rechtsgeschäftlichen Entschluß des Handelnden inhaltlich zu seinem eigenen; wenn nun die Form den Zweck hat, die Ueberlegtheit oder die inhaltliche Vollendung des Entschlusses sicher zu stellen, muß auch der Zustimmende die erforderte Form wahren. 2) Wer zu einem Rechtsgeschäft, das ein Anderer proprio nomine vornimmt, seine Zustimmung zu geben hat (oben S. 119 Fall 3), hat das zu thun, weil die Wirkung des fremden rechtsgeschäftlichen Entschlusses sich ganz oder theilweise[236]) auch in seinen Rechtskreis erstreckt. Hier ist also folgerichtig zu sagen: soweit der Zustimmungsberechtigte für ein eigenes Rechtsgeschäft, durch welches er die gleiche Wirkung auf seinen eigenen Rechtskreis hervorbringen wollte, eine Form wahren müßte, muß er die gleiche Form auch bei der Zustimmung zu dem fremden Rechtsgeschäft wahren. Da sind nun Fälle denkbar, in denen zwar die Geschäftsabschließenden des gesammten Inhalts des Geschäfts halber eine bestimmte Form wahren müssen, während doch die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf den Rechtskreis des Zustimmenden nur derart ist, daß der Zustimmende sie allein durch ein formloses Rechtsgeschäft herbeiführen könnte. Für die Zustimmung dürfte man dann die Form des Hauptgeschäfts allerdings nicht erfordern[237]). Damit würden wir eine schwierige Distinktion für unsere Gesetzesregel erhalten. Ich glaube indeß, man darf die Regel uneingeschränkt lassen, trotz diesen Fällen. Denn die formlose Einwilligung würde ja immer als selbständiger Verzicht auch formlos giltig sein können, und würde also trotz mangelnder Form als selbständiger Verzicht aufrecht zu erhalten sein.

Hieraus ergiebt sich unser in § 127* Abs. 2 gemachter Vorschlag. Die Frage, wie es steht, wenn die erforderliche Form von dem beim Hauptgeschäft Handelnden versäumt wird, beantwortet sich von selbst. Schließt z. B. ein Minderjähriger einen Vertrag, durch welchen er sich zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstück verpflichtet

[236]) Theilweise z. B. in den Fällen der §§ 960, 965, 1016, 1024, 1177, 1189, 1213.

[237]) Z. B. A hat Nießbrauch an dem Recht, das dem B zusteht. B will auf dieses Recht verzichten: der Verzicht auf dieses Recht bedarf einer bestimmten Form, der Verzicht auf den Nießbrauch nicht. A muß zu dem Verzicht des B seine Einwilligung geben — diese Einwilligung bedürfte an sich also keiner Form.

Digitized by Google

(§ 351), so muß er die gerichtliche oder notarielle Form benutzen, sonst ist der Gegner nicht gebunden. Die Einwilligung des Vormunds muß dann ebenfalls, um wirksam zu sein, in gerichtlicher oder notarieller Form erfolgen. Genehmigt der Vormund den formbedürftigen, aber vom Mündel formlos geschlossenen Vertrag, so ist das als neue Vertragserklärung des Vormunds zu beurtheilen. — Wie weit von unserem Rechtssatz in einzelnen Fällen (z. B. bei Genehmigungen seitens des Vormundschaftsgerichts) Ausnahmen zugelassen werden müssen, ist bei diesen einzelnen Fällen zu erwägen.

§ 127 Abs. 3.

Diese Bestimmung (= § 127a*) ist zu § 119 S. 87 ff. besprochen worden.

§ 127 Abs. 4.

§ 127 Abs. 4 (= § 127b*) ordnet rückwirkende Kraft der Genehmigung an, d. h. die Rechtslage wird so bestimmt, als sei die Zustimmung bereits im Zeitpunkt der Geschäftserrichtung erfolgt. Der Ausdruck „Rückziehung“[235]) scheint uns sachgemäßer als der ebenfalls übliche „Rückwirkung“; wir verwenden ihn auch in § 134*.

1. Rückziehung soll nur Statt haben, „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist“. Nach den Motiven ist gemeint „vom Gesetz“. Wichtiger noch ist es, ausdrücklich zu sagen, daß auch die Parteien die Rückziehung ausschließen können. Wessen Wille dazu nöthig ist, ob der des Genehmigenden allein, ob der der thatsächlich den Vertrag Schließenden u. s. w., bedürfte genauerer Untersuchung. Das Gesetz läßt dieser Raum, wenn es einfach auf den „Parteiwillen“ verweist. Wenn übrigens Rückziehung eintritt, so ist die Nichtrückziehung, die Satz 2 zu Gunsten Dritter anordnet, vom Willen des Genehmigenden und der Vertragschließenden jedenfalls unabhängig; in Satz 2 steht also mit Recht kein „im Zweifel“.

2. Satz 2 giebt eine Ausnahme: durch die Rückziehung sollen „Rechte“, welche Dritte durch Verfügungen des Genehmigenden an dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts erworben haben, nicht berührt werden. Das ist sachlich gerecht: der Genehmigungsberechtigte darf

---

[235]) Der Entwurf sagt in Satz 2 des Abs. 4 „Rückbeziehung“. Die Beziehung der Genehmigung auf die Geschäftserrichtung ist aber durch den Inhalt der Genehmigung selbst gegeben. Sachlich genauer ist wohl Rückziehung. Darum dann aber auch in Abs. 1* „zurückgezogen“.

Digitized by Google

nicht die Macht haben, durch seine Genehmigung seinen eigenen Verfügungen entgegenzuhandeln[239]). Die Formgebung aber unterliegt Bedenken:

a. Der Ausdruck „Rechte" ist zu eng. Es handelt sich um alle für den Dritten günstigen Rechtswirkungen, die sich auf den Gegenstand des Rechtsgeschäfts beziehen, z. B. auch Einräumung eines Pfandvorzugs. Richtiger wäre „Rechte und Rechtsvortheile"; s. oben zu § 113 S. 75 fg. Bequemer ist es, statt von den durch Verfügungen erworbenen Rechten lieber von den Verfügungen selbst zu sagen, sie würden durch die Rückziehung nicht berührt. Das Wort Verfügung ist als technisches in § 65* Abs. 2 gekennzeichnet und in § 107* Abs. 1 gebraucht, s. Theil I S. 47 ff.

b. Der Entwurf spricht von Verfügungen des Genehmigenden und stellt den eigenen Verfügungen des Genehmigenden die aus seinem Rechte erfolgenden Verfügungen gleich: an dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts erwirbt ein Dritter Rechte durch eine gegen den Genehmigenden erwirkte Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung. Auch das Urtheil wäre hier wohl ebenso wie in § 107 Abs. 1 (vgl. auch § 134*) zu nennen. Die Motive I S. 247 setzen hinzu: „Soweit der Genehmigende ein Vertreter ist, kommt die in der Zwischenzeit gegen den Vertretenen erwirkte Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung in Betracht." Dieser Zusatz, bei dem man an den Fall der gesetzlichen Vertretung, Mundwaltschaft[240]), zu denken hat, ist vollkommen richtig, verdient dann aber auch einen Platz im Gesetz selbst: auf analoge Ausdehnungen darf man sich bei einem so schwierigen und dabei so singulären Rechtssatze nicht verlassen. § 127b* spricht daher diese Ausdehnung aus[241]).

c. Gerade für den Fall mundwaltlicher Genehmigung wird aber sogar fraglich, ob nicht auch neben den eigenen Verfügungen des Genehmigenden noch die Verfügungen des Vertretenen, der die genehmigungsbedürftige Erklärung abgegeben hat, zu nennen wären. Man denke an folgenden Fall: A, ein Minderjähriger, hat über eine ihm zustehende Forderung freie Verfügung zu bestimmtem Zweck (nach § 69

[239]) Eine gleiche Beschränkung könnte freilich überall, wo Jemand unter einer Potestativbedingung ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, als gerecht in Frage kommen.

[240]) S. Theil I S. 44.

[241]) Andere Fälle als der der mundwaltlichen Genehmigung werden praktisch wohl nicht in Betracht kommen. Ganz umfassend wäre der Ausdruck: „oder wo es sich um Genehmigung zu Geschäften handelt, die ein Anderer im eigenen Namen vor- oder entgegengenommen hat, Verfügungen aus dem Rechte dieses Anderen".

Digitized by Google

oder auch § 67). Er zedirt diese Forderung außerhalb dieses Zwecks und ohne Mitwirkung seines Vormundes an X: die Wirksamkeit dieser Zession hängt jetzt von der Genehmigung des Vormunds ab; darauf zedirt er die gleiche Forderung innerhalb jenes Zwecks, also wirksam an Z. Nunmehr genehmigt der Vormund die erste Zession. Wird dadurch die zweite Zession hinfällig[242])? Gewiß spricht Manches dagegen; wir meinen aber schließlich doch, daß der Vormund seine Genehmigungsmacht zwar im Interesse des Mündels, aber doch unabhängig von dem Mündel hat, darum kann ihm diese Genehmigungsmacht auch durch eigene Verfügungen des Mündels nicht genommen werden. Das Mündel hat durch das erste Geschäft sein rechtliches Können bereits gebunden; darum hat das zweite Geschäft nicht mehr die normale Wirkung. Der Fall wird zudem so selten sein, daß es sich nicht lohnt, seinetwegen das Gesetz mit einer Sonderbestimmung zu beschweren.

d. Der Ausdruck „durch diese Rückbeziehung werden Rechte nicht berührt" ist zu eng. Er paßt für den Fall, daß das zu genehmigende Rechtsgeschäft eine Veräußerung an einen Dritten enthält, und daß nunmehr vor der Genehmigung der Genehmigungsberechtigte einem Vierten Rechte oder Rechtsvortheile an dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts einräumt. Diese Rechte sollen dann durch die in Folge der Genehmigung eintretende Rückziehung nicht hinfällig werden. Hingegen darf Satz 2 sich nicht auch auf den Fall beziehen, daß das zu genehmigende Geschäft einen Erwerb von einem Dritten her enthält, und daß nun vor der Genehmigung der Genehmigungsberechtigte einem Vierten Rechte oder Rechtsvortheile an dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts einräumt. Kraft Rückziehung würden diese Rechte wirksam bestellt sein; wird nun aber — gemäß der Klausel — für diese Fälle die Rückziehung geleugnet, so würde, da zur Zeit der Bestellung der Bestellende noch nicht berechtigt war, die Bestellung an den Vierten wirkungslos sein, und dem Erwerber nur der durchaus nicht immer zutreffende Schutz des § 877 zur Seite stehen. Z. B. der Gestor erwirbt für den Geschäftsherrn eine Sache von X, und der Geschäftsherr veräußert diese Sache, bevor er von ihrer Herkunft erfahren, weiter an Y, der die Herkunft der Sache kennt. Nunmehr erfährt der Herr, daß die Sache ihm durch negotiorum gestio angeschafft war und genehmigt diese Anschaffung. Dadurch wird der erste Erwerb derselben wirksam. Da aber dem Wortlaut der Klausel nach Rechte Dritter durch die Rückziehung nicht berührt werden, so würde Y

[242]) Ein analoger Fall läßt sich nach § 1300, 1307 konstruiren.

Digitized by Google

nicht Eigenthümer geworden sein, ihm stünde auch § 877 nicht zur Seite, und so hätte er keinen dinglichen Schutz rücksichtlich der Sache, der ihm doch unter Umständen von höchstem Interesse sein könnte. Zuzugeben ist, daß derartige Fälle höchst selten sein werden; zuzugeben ferner, daß man zur Noth durch strenge Interpretation die Unanwendbarkeit der Klausel für solche Fälle beweisen könnte: die Klausel spricht davon, daß der Vierte Rechte „erworben habe": nimmt man nun, wie man soll, an, daß bis zur Genehmigung der bisherige Eigenthümer Eigenthümer blieb, so hat jener Vierte wahrhaft „erworben" nur dann, wenn der an sie Veräußernde der bisherige Eigenthümer, nicht wenn er der von einem Dritten Erwerbende war. Immerhin ist es deutlicher, wenn dies dadurch ausgedrückt wird, daß statt „werden nicht berührt" gesagt wird „werden nicht hinfällig".

3. Zweifel über die Zweckmäßigkeit der Rückziehung können in folgendem Fall erhoben werden. Ein Gestor veräußert des Geschäftsherrn Sache an X, der Geschäftsherr erwirbt nachträglich noch Rechte bezüglich ihrer; oder ein Minderjähriger veräußert seine Sache an X, nachher erwirbt er, oder erwirbt für ihn sein Vormund, der von der Veräußerung noch nichts weiß, Rechte bezüglich ihrer. Die Rückziehung würde ergeben, daß der Dominus, der Minderjährige zur Zeit dieses Erwerbes nicht mehr Eigenthümer waren, also nicht mehr erwerben konnten. Dies wäre folgerichtig. Ebenso der umgekehrte Fall: der Gestor erwirbt für seinen Herrn eine Sache, der Veräußerer erwirbt nachher, aber noch vor der Genehmigung Rechtsvortheile bezüglich der Sache. Hat Rückziehung statt, so wäre der Veräußerer zur Zeit des Erwerbs nicht mehr Eigenthümer gewesen, also hätte er auch keine Rechtsvortheile für die Sache erwerben können. Auch dies wäre folgerichtig[243]). Diese Folgerungen können unter Umständen für den Erwerber der Hauptsache hart sein. Eine Beschränkung der Rückziehung in dieser Hinsicht[244]) ist aber doch wohl nicht Bedürfniß, da der Veräußerer, der nach der Veräußerung noch Rechtsvortheile für die veräußerte Sache erwirbt, in den meisten Fällen seinerseits als Gestor des Erwerbers der Sache handeln wird[245]).

[243]) Daher auch für das römische Recht behauptet, z. B. von Fitting, Rückziehung S. 86.

[244]) Etwa der Art: „Durch die Rückziehung werden Rechte und Rechtsvortheile, welche der Veräußerer vor der Genehmigung für den Gegenstand des Rechtsgeschäftes erwirbt, nicht hinfällig."

[245]) Freilich nicht immer: diese Konstruktion versagt, wenn in den beiden erstgenannten Fällen der genehmigungsberechtigte Dominus oder Vormund Rechtsvortheile erwerben, ohne von der Veräußerung durch den Gestor oder Minderjährigen zu wissen.

Digitized by Google

4. Können die Vertragschließenden in der Zwischenzeit nach dem Vertragschluß und vor der Genehmigung von dem Vertrage zurücktreten? Der Entwurf antwortet in einer Reihe von Fällen[246]) ausdrücklich: nein. In Theil I S. 52—55 ist erörtert worden, daß diese Antwort ungenau ist; gemeint ist nur: die Vertragschließenden können durch den Rücktritt nicht hindern, daß mit der Genehmigung der erstlich geschlossene Vertrag trotzdem rückwärts in Kraft tritt; der Rücktritt hat genau dieselbe Wirkung, wie er sie haben würde, wenn der Vertrag sofort beim Abschluß genehmigt worden wäre. Hat z. B. ein Minderjähriger ohne Einwilligung des Vormunds am 5. Januar einen ihn belastenden Vertrag geschlossen, dann am 9. Januar Rückgängigmachung verabredet, und am 12. Januar erfolgt die Genehmigung des ersten Vertrages, so hat der Vertrag vom 5. bis zum 9. Januar bestanden und ist am 9. aufgelöst, da zu einem ihm lediglich vortheilhaften Geschäft das Mündel keiner Zustimmung des Vormunds bedarf. War der Vertrag aber ein gegenseitiger, so bedarf es auch zum Rücktritt von ihm wiederum der Genehmigung des Vormunds. Ferner: wenn der Gestor einen Vertrag für den Geschäftsherrn geschlossen hat, so wirkt ein etwaiger Rücktritt des Gestors immer nur, falls dieser Rücktritt genehmigt wird, gerade wie der Gestor auch von einem schon genehmigten Vertrage im Namen des Geschäftsherrn nur mit dessen Genehmigung wirksam zurücktreten kann.

Diese Regel ist eine unmittelbare Folgerung aus dem Prinzip der Rückziehung[247]). Da der Entwurf sie in den oben genannten Fällen ausdrücklich ausspricht, während er doch in § 127 Abs. 4 das Prinzip der Rückziehung ohne Beschränkung hinstellt, so ist es zweifelhaft, ob er jene Regel wirklich als Rückziehungsfolgerung erkannt hat.

In anderen Fällen hat der Entwurf diese Folgerung ausdrücklich abgelehnt, so im Fall der Schuldübernahme[248]). In einer dritten Reihe von Fällen ist sie weder verneint, noch bejaht. Da nun aber § 127 Abs. 4 die Rückziehung ganz allgemein anordnet, so wäre sie auch in diesen Fällen zu bejahen. Und doch darf das nicht geschehen. Man nehme nur die Fälle, in denen Jemand über ein fremdes Recht

---

[246]) § 65 Abs. 4, § 123 Abs. 2; § 468 fg., §§ 1390, 1417: ferner § 1681 Abs. 4 (mit §§ 1514, 1542, 1682), wozu zu vergl. unten Note 248.

[247]) S. oben I S. 52. Windscheid, Pand. § 74 N. 4a.

[248]) § 315 Abs. 1 Satz 3, ferner s. § 1681 Abs. 3 Satz 2 (mit § 1514, 1542 und 1682): der Vormund kann zurücktreten, obwohl doch auch dieses Rücktrittsgeschäft, wenn das erste Geschäft vom Vormundschaftsgericht bereits genehmigt worden wäre, der neuen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1674 bedürfen könnte.

Digitized by Google

in eigenem Namen verfügt und der Berechtigte nun seine Genehmigung ertheilt (z. B. § 310, 876 Abs. 2, 830). Sicher ist hier nicht daran gedacht, daß die beiden Vertragschließenden nicht vor der Genehmigung sollten zurücktreten können. Auch die Fassung, welche wir der Regel als einer unmittelbaren Folgerung des Prinzips der Rückziehung oben gegeben haben, würde hier zu eng sein. Wenn A im eigenen Namen die Sache des E an X zu Eigenthum giebt und vor der Genehmigung des E diesen Vertrag rückgängig macht, so soll nun trotz nachheriger Genehmigung das Eigenthum beim E bleiben: wäre der Vertrag schon genehmigt, so könnten A und X zwar verabreden, daß das Eigenthum an A zurückfalle, nicht aber, daß es an E zurückfallen solle, und gerade dies letztere wollen die Parteien, wenn sie Rückgängigmachung des Vertrags bestimmen, und das müssen sie wollen dürfen. Demnach müssen wir in diesen Fällen eine Entscheidung für freien Rücktritt treffen.

Es ist nun eine lediglich redaktionelle Frage, ob der Entwurf es bei dem allgemeinen Rückziehungsprinzip lassen und nur in den Fällen, wo er Rücktrittsmöglichkeit gewähren will, sie ausdrücklich einräumen, oder ob er sie allgemein freistellen und nur in den einzelnen entgegengesetzten Fällen ausdrücklich versagen soll. Soviel wir sehen, überwiegen die Fälle der Gewährung; im Interesse der Kürze ist also der letztere Weg vorzuziehen. Demnach ist die Rückziehungsbestimmung des § 127 Abs. 4 nach dieser Seite hin durch einen allgemeinen Satz einzuengen (§ 127b* Abs. 3). Die Fassung dieses Satzes muß so allgemein sein, daß sie nicht bloß Verträge, sondern Rechtsgeschäfte aller Art umspannt; sie muß ferner unentschieden lassen, ob und wie weit ein Rückgängigmachen des Rechtsgeschäfts nach den sonstigen Bestimmungen überhaupt möglich ist: sie hat nur festzustellen, daß die Thatsache eines Ausstehens der Genehmigung den etwaigen Rücktritt nicht wirkungslos macht; die Wirksamkeit eines Rücktritts im Verhältniß zum Genehmigungsberechtigten ist es, was hier allein in Frage steht. Die Form des § 127b* Abs. 3 erklärt sich durch den Zusammenhang mit der vorhergehenden Rückwirkungsbestimmung[249]). Durch diese allgemeine Bestimmung des § 127b* Abs. 3 werden Einzelbestimmungen gleichen Inhalts überflüssig gemacht: § 315 Abs. 1 Satz 3 ist also zu streichen. Hingegen muß in den Fällen, wo die Bestimmung des § 127b* Abs. 3 nicht Platz greifen soll, eine ausdrückliche Einzelbestimmung stehen, welche das besagt: so § 65* Abs. 3 und § 123*

[249]) Eine andere Fassung wäre: „Die Möglichkeit der Genehmigung schließt ein Rückgängigmachen des Geschäfts durch die bei seiner Errichtung betheiligten Personen nicht aus, sofern das Gesetz nichts Anderes bestimmt.

Digitized by Google

Abs. 2. Auf eine vollständige Durchmusterung aller einzelnen Fälle der Genehmigung in Bezug auf die hier erörterte Frage müssen wir an dieser Stelle verzichten.

5. Der Entwurf giebt in einer Reihe von Fällen dem Dritten die Möglichkeit, über die Entscheidung des Genehmigungsberechtigten rasch ins Klare zu kommen: s. § 65 Abs. 5, § 123 Abs. 3 und die Theil 1 S. 60 N. 78 angeführten Stellen. Für die meisten anderen Fälle der Genehmigung scheint uns ein gleicher Rechtssatz überflüssig, ja sogar nachtheilig zu sein. Wir nehmen deshalb hier in § 127 eine allgemeine Bestimmung nicht auf. Sollte bei einem einzelnen Genehmigungsfall eine entsprechende Bestimmung erforderlich sein, so muß sie als Einzelbestimmung gegeben werden.

Digitized by Google

Zehnter Titel.

Bedingung und Befristung.

Ueber Bedingungen handelt § 128—140, über Befristungen § 141—143. Die §§ 128—143 wollen alle Rechtsgeschäfte umfassen. Dadurch werden sie schwer verständlich und bleiben doch ungenau. Sie nennen z. B. denjenigen, der unter einer Bedingung ein Recht oder einen Rechtsvortheil einem Anderen gewährt hat, den „bedingt Verpflichteten", den Erwerber, auch wenn es sich z. B. um einen bedingten Erlaß handelt, den „bedingt Berechtigten" (§ 134, 135, 136). Diese Ausdrücke sind zu eng. Eben weil er allgemein sein will, ist auch § 129 (Wirkung resolutiv bedingter Geschäfte) ungenau geworden.

Wir glauben die Schwierigkeiten am besten zu überwinden, wenn wir die sämmtlichen Regeln auf den Fall der bedingten Eigenthumsübertragung stellen (§ 128*, 129*, 134*, 135a*, 136*) und dann in § 140a* die Ausdehnung auf Rechtsgeschäfte anderer Art vorschreiben. Erst § 140b* bezieht sich auf alle möglichen „Ansprüche".

Gegen die Namen „aufschiebende", „auflösende" Bedingung ist meines Erachtens nichts einzuwenden: mag ihre Bedeutung dem Laien zweifelhaft sein, so ist sie doch jedem Juristen ohne Weiteres klar; wählt man irgend eine neue Bezeichnung, so wird dieselbe weder dem Laien noch dem Juristen klar sein. Eben weil diese Worte einen bekannten Inhalt haben, fällt gegen ihren Gebrauch auch nicht ins Gewicht, daß die Unterscheidung zwischen „aufschiebender" und „auflösender" Bedingung logisch allerdings anfechtbar ist.

Die Neuvorschläge (§ 128*—136b*) enthalten zugleich das Recht der Befristung (Entwurf § 141—143), einheitlich mit dem der Bedingung; wir erörtern aber zu § 128—140 die Neuvorschläge nur soweit, wie sie sich auf die Bedingung beziehen; soweit sie auch die Befristung behandeln, werden wir sie zu § 141—143 besprochen.

Digitized by Google

§ 128.

Mit Recht hat man in § 128, 129 das Wort „beigefügt" beanstandet: es widerspricht der Einheit der bedingten Willenserklärung. § 128* fügt „von selbst" hinzu, wie § 129 „von Rechtswegen" sagt. Statt „Erfüllung" der Bedingung sagen wir „Eintritt": das Wort Erfüllung erweckt zu leicht den Gedanken, das bloß Handlungen des bedingt Berechtigten zur Bedingung gesetzt seien.

§ 129.

§ 129 sagt, mit der Erfüllung der auflösenden Bedingung endige die durch das Rechtsgeschäft erzeugte rechtliche Wirkung. Eine Wirkung kann nur endigen, wenn man unter Wirkung den bewirkten Rechtszustand versteht. Was heißt aber: ein Zustand endigt? Was tritt an die Stelle des aufhörenden Zustands? Endigt das Eigenthum, das A dem B übertragen hat, so wird die frühere Sache herrenlos. Das ist nicht gemeint. § 129 will dies auch dadurch ausschließen, daß er hinzusetzt: „dergestalt, daß der frühere Zustand von Rechtswegen wiederhergestellt wird". Ist dies aber die richtige Beschreibung, so ist jene erste Angabe, daß die Wirkung endige, überflüssig: § 129 könnte einfach sagen, mit der Erfüllung der auflösenden Bedingung werde der frühere Zustand von Rechtswegen wiederhergestellt. Indeß dieser Ausdruck ist zu weit: er würde volle Rückwirkung der Bedingung bedeuten. Würde z. B. von Rechtswegen der frühere Zustand wiederhergestellt, wenn A dem B Eigenthum unter auflösender Bedingung übertragen hat, so würde A rückwärts (also auch bezüglich der Früchte der Zwischenzeit) als Eigenthümer gelten. Das meint aber § 129 nicht. Unrichtig würde es auch sein, zu sagen, der frühere Zustand werde nur für die Zukunft wiederhergestellt. Eine einwandsfreie Formulierung, welche für alle möglichen Rechtsgeschäfte paßte, wird schwer zu finden sein; die Beschränkung auf Eigenthumsübertragungen erlaubt eine zweifelausschließende Fassung.

§ 130.

§ 130 spricht zu weit davon, die Parteien seien „untereinander so berechtigt" u. s. w. Das soll nur heißen: „gegeneinander forderungsberechtigt", siehe oben S. 72 zu § 110; die dort berührten Bedenken kehren hier in verstärktem Maße wieder. Genauer würde es meines Erachtens heißen müssen: die Parteien sind einander verpflichtet, die Rechtslage herzustellen, wie wenn die Wirkung beim aufschiebend bedingten Geschäft sofort, beim auflösend bedingten überhaupt nicht eingetreten wäre.

Digitized by Google

Daß nun aber die Parteien obligatorische Rückwirkung bestimmen können, wenn sie wollen, braucht bei dem Grundsatz allgemeiner Vertragsfreiheit nicht besonders gesagt zu werden: das Gesetz braucht nicht zu bestimmen, was die Parteien ausmachen dürfen, sondern nur, was sie etwa nicht ausmachen dürfen. Insofern ist § 130 überflüssig. Von Werth scheint uns hingegen eine Auslegungsregel[250]) des Inhalts, daß bei auflösend bedingten Geschäften im Zweifel obligatorische Rückwirkung von den Parteien gewollt sei. Die Stellung, die wir dieser Regel als § 135a* geben, rechtfertigt sich dadurch, daß § 134* mit § 128*, 129* unmittelbar zusammen gehört.

§ 131.

Abs. 1 ist durch § 128, Abs. 2 durch § 129 völlig entbehrlich gemacht.

§ 132.

Auch § 132 kann fehlen. Der Erbe tritt in die gesammten vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, soweit sie nicht nach dem Gesetz höchstpersönlicher Art sind, ein, § 1749. Das ist eben die Thatsache der Gesammtnachfolge. Also tritt er auch in die aus bedingtem Rechtsgeschäfte entstandene „Anwartschaft" oder „Gebundenheit" ein, sofern das Gesetz (s. § 1761) nichts Anderes bestimmt. Freilich ist § 2051 zu eng: er bedarf aus vielen Gründen einer Erweiterung. Siehe auch Theil I S. 116 N. 162 und S. 118 Abs. 1. — Will man eine ausdrückliche Bestimmung, wie sie § 132 giebt, nicht entbehren, so genügt es, in § 134* hinter den Worten „tritt die Bedingung ein, so findet Rückziehung auf den Zeitpunkt der Geschäftserrichtung Statt" einzuschieben: „soweit es sich um den Uebergang auf die Erben handelt".

§ 133.

§ 133 handelt nur von bedingten Ansprüchen; dadurch rechtfertigt sich die Stellung, welche wir ihm als § 140b* geben. Abs. 1 gewährt dem, welchem ein bedingter Anspruch zusteht, eine „privatrechtliche Kautionsforderung". Die Voraussetzungen dieser Forderung bestimmt er der Kürze halber durch Verweisung auf die Voraussetzungen, unter welchen nach § 796, 797 der C.P.O. Arrest stattfindet. Dabei muß natürlich von der in der C.P.O. ebenfalls gemachten Voraussetzung, daß der Anspruch unbedingt sein müsse, abgesehen werden. Insofern ist die Fassung des Abs. 1 nicht korrekt[251]). Ist nun der

[250]) So auch Schilling S. 53, Hölder S. 127.
[251]) Goldschmidt S. 18.

Digitized by Google

bedingt Berechtigte, der nach Abs. 1 Sicherheitsleistung fordern darf, auch berechtigt, Arrest zu erwirken? Wenn § 796 der C.P.O. unverändert bleibt, ist das mindestens höchst zweifelhaft[252]); die Motive I S. 257 weisen auf den Umweg hin, der Berechtigte könne Arrest wegen seines Anspruchs auf Sicherheitsleistung fordern. Da erscheint es denn doch richtiger, diesen Anspruch direkt einzuräumen. Das geschieht am besten dadurch, daß das Einführungsgesetz in Art. 11 bestimmt, in dem § 796 Abs. 2 der C.P.O. seien vor „betagter" die Worte „bedingter oder" hinzuzusetzen[253]). § 133 Abs. 1 des Entwurfs wird damit aber nicht überflüssig gemacht, eben weil er die Forderung auf Sicherheitsleistung als privatrechtliche Forderung feststellt[254]).

Abs. 2 enthält streng genommen nur einen Folgesatz aus Abs. 1[255]). Eine Gefährdung des Anspruchs findet insbesondere Statt, wenn Konkurs eröffnet ist; also ist der bedingt Berechtigte im Konkurs über das Vermögen des bedingt Verpflichteten berechtigt, Sicherheitsleistung zu fordern. Mithin findet zu seinen Gunsten der § 142[256]) der K.O. Anwendung, welcher die Berücksichtigung bedingter Forderungen bei der Schlußvertheilung davon abhängig macht, daß der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war. Wenn wir trotzdem den Abs. 2 in vereinfachter Fassung[257]) beibehalten, so geschieht das, weil die dargestellte Schlußfolgerung keine sofort zweifellose ist; denn der § 142 der K.O. geht sichtlich von der Voraussetzung aus, daß der bedingt Verpflichtete nicht immer zur Sicherheitsleistung verpflichtet sei[255]) („soweit" er verpflichtet war), und könnte dahin ausgelegt werden, er erfordere, daß der bedingt Verpflichtete schon vor der Konkurseröffnung zur Sicherheitsleistung verpflichtet gewesen sei (soweit er verpflichtet „war").

Abs. 3 behalten wir in anderer Fassung bei, ebenso Abs. 4 (als § 140b* Abs. 5), der übrigens wohl entbehrlich wäre.

§ 134, 135.

§ 135* giebt den Inhalt der §§ 134, 135 für die Eigenthumsübertragung ohne sachliche Aenderungen, aber in anderer Form wieder.

[252]) S. freilich Wach, Civilprozeß I S. 271.

[253]) S. Fischer, Recht und Rechtsschutz (Bekker und Fischer, Beiträge Heft 6) S. 30.

[254]) So ist ja auch trotz § 796 Abs. 2 das Recht auf Sicherheitsleistung für befristete Ansprüche in § 141 und 142 noch besonders gegeben.

[255]) So die Motive I S. 258 selbst.

[256]) und ebenso der § 158.

[257]) Ob dieser Abs. 2 besser hier zu streichen und in der K.O. unterzubringen wäre, mag dahingestellt bleiben.

[258]) Zur Fassung des Abs. 4 s. Hellmann S. 505 fg.

Digitized by Google

Ohne Zweifel kann man schon während schwebender Bedingung von einer Gebundenheit dessen sprechen, der das Eigenthum unter einer aufschiebenden Bedingung übertragen oder unter einer auflösenden erworben hat — wir dürfen diese Person, wenn wir wie in § 134* den Fall der Erfüllung der Bedingung ins Auge fassen, kurz als Zwischeneigenthümer bezeichnen (der Entwurf spricht von dem „bedingt Verpflichteten", s. oben S. 129); aber diese Gebundenheit zeigt sich doch eben nur für den Fall des Eintritts der Bedingung. Erst dieser Eintritt entscheidet rückwärts über die Haftung und über die Wirksamkeit der Verfügungen des Zwischeneigenthümers. Demnach ist die Haftung wie die Gebundenheit ein Theil der Rückziehung der Bedingungserfüllung. Da wir nun aus § 127 Abs. 4 den Begriff der Rückziehung doch einmal kennen, so scheint es mir bequemer, den gleichen Begriff auch hier zu verwenden. Es handelt sich dabei keineswegs um Einführung einer Theorie in das Gesetzbuch[259]): ob der Inhalt des § 135 durch Verwendung des Begriffs „Gebundenheit" oder des Begriffs „Rückziehung" ausgedrückt wird, ist doch wohl ausschließlich eine Formulirungsfrage. Die Verwendung des Rückziehungsbegriffs ermöglicht nun aber eine sehr kurze Fassung der §§ 134, 135.

Der Zwischeneigenthümer soll so behandelt werden, als sei die Bedingung bereits beim Geschäftsabschluß eingetreten:

1) einmal bezüglich der Haftung für vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten. Daß es sich hier um ein solches Verhalten handelt, durch welches „das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt wird", versteht sich von selbst; daß das Maß der zu prästirenden Sorgfalt „durch das aus dem Rechtsgeschäft sich ergebende Rechtsverhältniß bestimmt wird", folgt aus der Rückziehung. Ebenso folgt aus ihr, daß derjenige Zwischeneigenthümer, der bei dem Rechtsgeschäft nicht betheiligt ist (z. B. A veräußert bedingt eine Sache an X und überträgt sie dann an B; B ist ebenfalls Zwischeneigenthümer, aber bei dem Rechtsgeschäft nicht betheiligt), nur nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen außerhalb eines besonderen verpflichtenden Rechtsverhältnisses haftet;

2) sodann bezüglich der Wirksamkeit von Verfügungen seitens des Zwischeneigenthümers. Der Begriff „Verfügungen" genügt auch hier wie in § 65* Abs. 1, § 107* Abs. 1, § 127b* Abs. 1, vgl. oben S. 66, 123 und I S. 47 ff. Ein Rechtsgeschäft, durch welches der Zwischeneigenthümer Rechte oder Rechtsvortheile für die Sache erwirbt, ist keine Verfügung in dem technischen, durch § 65* Abs. 1

[259]) Die Motive I S. 260 sprechen von „Rückwirkungstheorie".

Digitized by Google

gekennzeichneten Sinn[260]). Zu „Verfügungen aus seinem Recht", s. § 107* Abs. 2 und § 127b* Abs. 1; der Zusatz „durch Urtheil" ist doch wohl auch hier gerechtfertigt.

Durch die Verwendung des Rückziehungsbegriffs wird auch der Satz 2 des § 135 entbehrlich. Tritt Rückziehung ein, so gilt der Zwischeneigenthümer rückwärts als „nicht berechtigt" zu verfügen, folglich „finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung", und zwar nicht „entsprechende", sondern „unmittelbare" Anwendung. Läßt man diesen Satz hier bei § 135 stehen, so müßte er auch bei der Bestimmung über die rückwirkende Kraft der Genehmigung in § 127 Abs. 4 stehen: auch hier werden Verfügungen des veräußernden Dritten[261]) zu Gunsten eines Vierten durch die Rückziehung der Genehmigung rückwärts hinfällig, dem Vierten aber, zu Gunsten dessen er verfügt hat, stehen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zur Seite; das bedurfte in § 127 so wenig eines Ausdrucks wie es hier dessen bedarf.

§ 135a*.

S. oben zu § 130 a. E.

§ 136.

Die Regel ist erprobten Rechtens. Der Entwurf sagt „in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise". Das könnte leicht zu eng gedeutet werden. Denn „Inhalt des Rechtsgeschäftes" ist nur das, was die Parteien wirklich als gewollt erklärt haben. Auch „gegen die Absicht der Parteien" wäre zu eng. Die Verhinderung der Bedingungserfüllung muß dem zuwiderlaufen, was die Parteien wirklich beabsichtigt haben oder was sie doch beabsichtigt haben würden, wenn sie an diesen Punkt gedacht hätten. Vielleicht wird beides zusammen besser durch die Wendung „gegen den Sinn des Rechtsgeschäftes" ausgedrückt.

§ 137.

§ 137 handelt von den zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes bereits entschiedenen Bedingungen. Abs. 1 ist sicher überflüssig, Abs. 3 wohl ebenfalls entbehrlich. Wichtig hingegen ist die Bestimmung des Abs. 2, welcher auch die bereits entschiedenen Bedingungen unter die

---

[260]) Durch die Beschränkung der Rückziehung auf „Verfügungen" erledigt sich das, was die Motive I S. 260 unten sagen.

[261]) Ebenso des Urhebers der zu genehmigenden Erklärung; Verfügungen des Genehmigenden selbst kommen wegen § 127 Abs. 4 Satz 2 nicht in Frage.

Digitized by Google

Vorschriften des § 133 stellt, so lange die Entscheidung noch nicht bekannt ist. Die Anwendbarkeit des § 133 Abs. 4 freilich ist selbstverständlich; demnach reduzirt sich der Werth des § 137 dahin, daß er Abs. 1—3 des § 133 auf bereits entschiedene Bedingungen für anwendbar erklärt. Dieser Satz aber läßt sich bequem in § 133 selbst einfügen: er bildet in der Neufassung den Abs. 4 des § 140b*.

§ 138.

Satz 1 ist überflüssig, weil Bedingungen jeglichen Inhalts zulässig sind, wenn sie nicht für unzulässig erklärt sind. Satz 2 sagt: die Verpflichtung ist unwirksam. Der Begriff der Unwirksamkeit wird im Entwurf sonst nur auf Rechtsgeschäfte angewendet; also: das bedingte Rechtsgeschäft ist unwirksam. Dies ist aber doch nur dann richtig, wenn das Rechtsgeschäft ein einseitig verpflichtendes, nicht wenn es ein Vertrag ist, s. § 79. In dieser Beschränkung nun ist Satz 2 selbstverständlich. § 138 kann demnach ganz fehlen. Vgl. übrigens auch § 1765, der besonderer Erörterung bedürfte.

Auch § 79, den wir Theil I S. 124 zur Besprechung hierher verwiesen haben, — sein Inhalt läßt sich dahin formuliren: „Ein gegenseitiger Vertrag unter der Bedingung, daß die eine Partei wolle, ist für die andere Partei bindend" — wird besser überhaupt zu streichen sein. Denn es ist zu wiederholen: Bedingungen jeglichen Inhalts sind zulässig, wenn sie nicht für unzulässig erklärt sind oder ihre Unzulässigkeit (wie im Fall des § 138 Abs. 2) sich von selbst ergiebt. Also ist auch die Bedingung, daß eine Partei wolle, zulässig, wenn das Geschäft dann überhaupt noch einen Sinn hat, und und das ist bei gegenseitigen Verträgen sicher der Fall[262]). Die Zulässigkeit der Bedingung des Wollens einer Partei geht auch aus § 471 Abs. 2 mit voller Sicherheit hervor.

Die Bestimmung des § 79 ist überdies deshalb bedenklich, weil sie eine Konstruktion legalisirt, die Viele, meines Erachtens mit Recht, für unrichtig halten. Die Motive[263]) sprechen diese Konstruktion sehr entschieden aus: „Der Vertrag steht nicht unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Partei, welche den Vorbehalt gemacht hat, wolle" . . . „Aufschiebend bedingt ist nur die Verpflichtung des anderen Theiles". Ob hiermit die Grundsätze vom gegenseitigen Vertrage durchbrochen würden, dürfe auf sich beruhen. Aber gerade diese Frage ist

[262]) Das Gesetz würde dies ausdrücken, wenn es sagte: „Ein gegenseitiger Vertrag unter der Bedingung, daß die eine Partei wolle, ist giltig".

[263]) I S. 164.

Digitized by Google

die wichtigste. Die gedachte Konstruktion enthält in der That eine Durchbrechung, deren thoretische und praktische Folgen nicht ohne Weiteres zu übersehen sind. Bei dieser Sachlage ist die Streichung des § 79[261]) gewiß weniger gefährlich als die Beibehaltung.

§ 139.

§ 139 enthält zwei Sätze. Er sagt:

1) eine widersinnige oder unverständliche Bedingung ist, für sich betrachtet, nichtig. Dies versteht sich von selbst: jede widersinnige oder unverständliche Willenserklärung ist nichtig;

2) Nichtigkeit der Bedingung macht die ganze Willenserklärung nichtig. Dies ergiebt sich indeß, soweit es richtig ist, mit Sicherheit bereits aus § 114. Denn die Bedingung ist unzweifelhaft und nach jeder Auffassung ein „Theil" des gesammten Rechtsgeschäftes. Der Streit kann sich nur darum drehen, ob die auflösende Bedingung ein „unselbständiger" oder ein „selbständiger" Theil ist[263]); § 114 aber spricht schlechthin von „Theilen" des Rechtsgeschäfts, ohne selbständige und unselbständige Theile zu unterscheiden.

Demnach kann § 139 fehlen.

§ 140.

Durch die Beifügung einer condicio iuris soll „an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert werden". Ist damit gemeint: die Rechtswirkung werde nicht ins Ungewisse gestellt? Das würde insofern unrichtig sein, als auch beim Ausstehen einer condicio iuris das Eintreten der Wirkung ungewiß ist. Ist gemeint, es fänden nicht die über wahre Bedingungen geltenden, sondern diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche eben die Bedeutung jenes rechtlichen Erfordernisses, das die Parteien zur Bedingung gesetzt haben, bestimmen? Das wäre wohl selbstverständlich. Wir lassen darum auch § 140 fort.

§ 140a*.

S. die Vorbemerkung zu diesem Titel, oben S. 129.

§ 140b*.

Abs. 1, 2, 4 u. 5 sind zu § 133, Abs. 3 ist zu § 137 erörtert.

---

[261]) Wie sie z. B. auch Unger, Grünhuts Zeitschrift 15 S. 688 Nr. 41 empfiehlt.

[263]) S. die Motive selbst I S. 250 fg. Die Auffassung des Entwurfs über die auflösende Bedingung ergiebt sich zudem aus § 197.

Digitized by Google

§ 141, 142.

Daß bei befristeter Eigenthumsübertragung das Eigenthum in Wahrheit erst mit Eintritt des Termins übergeht, dürfte auch nach dem Rechte des Entwurfs kaum bestreitbar sein. Die Frage, ob durch die Befristung das Eintreten der rechtlichen Wirkung oder bloß die Geltendmachung hinausgeschoben sei, kann überhaupt nur für Rechtsgeschäfte, durch welche eine Verpflichtung begründet werden soll, aufgeworfen werden, und auch hier hat sie wesentlich nur doktrinären Werth, sobald die materiellen Rechtssätze, welche man mit jenen Wendungen konstruktiv zusammenfassen will, feststehen. Diese Rechtssätze können aber dieselben sein, welche für die Bedingungen gelten; soweit sie abweichen, kann das besonders kenntlich gemacht werden, s. z. B. § 738. Wir erstrecken also die für bedingte Rechtsgeschäfte gegebenen Bestimmungen auch auf die befristeten Rechtsgeschäfte. Nur § 136* kann sich seinem Inhalt nach nothwendig bloß auf Bedingungen beziehen; § 135a* darf nur für auflösende Bedingungen gelten; § 140b* Abs. 2 endlich bedarf keiner Erstreckung auf befristete Rechtsgeschäfte, da die K.O. § 58 in dieser Hinsicht selbst bereits genügende Vorsorge getroffen hat.

§ 143.

Diesen Satz halten wir mit Hölder S. 128 fg. und Anderen für überflüssig: er enthält ein Stück einer Begriffsbestimmung der Bedingung, da die Bedingung aber überhaupt nicht definirt ist, kann auch dieser Satz fehlen.

Digitized by Google

Anhang.

Einzelne mit Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5—10 in Verbindung stehende Bestimmungen.

§§ 144—146.

Fahrlässigkeit. Irrthum.

Die Erörterung dieser Bestimmungen ist nöthig, weil sie von maßgebender Bedeutung insbesondere für die Vorschriften über Willensmängel (§ 95 ff.) sind.

1. Daß die Begriffsbestimmung des **§ 144** angreifbar ist, haben Andere bereits mehrfach hervorgehoben. Fahrlässigkeit ist überall ein Maßbegriff; er setzt voraus, daß ein bestimmtes Maß von Anforderungen bestehe. Der Gesammteindruck, den wir aus den einschlägigen Einzelbestimmungen des Entwurfs empfangen, ist der, daß der Gesetzgeber sein Maß hochgespannt hat: der straffe ordnungsmäßige Geschäftsgang des großen Verkehrs, nicht das bequemere Stillleben eines einfachen Haushalts ist es, was er als Maß denkt[266]). Ob das mit

[266]) Den hiernach zu bestimmenden Begriff der Fahrlässigkeit verwendete ich, weil der Entwurf ihn durchgehend verwendet, auch bei meiner Neufassung des § 74 in Theil I S. 103 ff., 169, wo ich das Erforderniß des „Empfanges" einer Willenserklärung dahin bestimmt habe, der Adressat müsse Kenntniß von der Willenserklärung genommen oder diese Kenntnißnahme absichtlich oder fahrlässig verhindert haben. Dies ist von Strohal in den Jahrb. f. d. Dogm. 28 S. 362 fg. getadelt worden. Er verweist auf den Fall, daß eine „in den letzten Tagen der . . . Rücktrittsfrist in der Wohnung des Adressaten ordnungsmäßig eintreffende Rücktrittserklärung vor Ausgang der Frist deshalb nicht zur Kenntniß des Adressaten gelangt, weil dieser eine auf mehrere Tage berechnete Landpartie unternommen hat" und fragt, ob etwa „das Unternehmen der Landpartie dem Adressaten als fahrlässige Verhinderung der Kenntnißnahme anzurechnen" sei. Das Unternehmen der Landpartie an sich gewiß nicht, wohl aber das Nichtbestellen eines Bevollmächtigten für die Zeit des Verreistseins:

Digitized by Google

der Verweisung auf die Sorgfalt „des ordentlichen Hausvaters" genügend ausgedrückt ist, darf bezweifelt werden.

Ist nun auch ein solcher Maßstab vorhanden, so darf doch das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von Fahrlässigkeit nicht einfach danach beurtheilt werden, ob das objektive Verhalten der Person diesem Maßstabe entspricht oder nicht[267]), vielmehr muß jedesmal wie im Strafrecht „individuell und konkret, nach der Lage des Falles und der Eigenart des Handelnden" geurtheilt werden[268]). Dies ist auch, wie wir annehmen, die Meinung des Entwurfs; aber die Formulirung des § 144 ist geeignet, zu jener ersteren Auffassung zu verführen.

Der Entwurf unterscheidet eine grobe Fahrlässigkeit (Abs. 2) und „eine Fahrlässigkeit, welche keine grobe ist" (z. B. § 97 Abs. 3, § 99 Abs. 2). Bequemer ist es, von grober (schwerer) und leichter Fahrlässigkeit zu sprechen. Man kann den logischen Skrupel erheben, daß schwer und leicht einen konträren Gegensatz bildeten, welcher für Mittelstufen Raum lasse. Aber ein Mißverständniß ist bei diesen seit lange ausgeprägten Bezeichnungen schwerlich zu fürchten.

Die Begriffsbestimmung der groben Fahrlässigkeit ist meines Erachtens mißlungen: die Einwendungen von Hölder S. 131 ff. sind treffend. § 144 ist demnach zu ändern. Wenn aber nicht entschieden bessere und ganz einwandfreie Definitionen gefunden werden, so ist es wohl zweckmäßiger, auf die Legaldefinitionen überhaupt zu verzichten. Enthält der Entwurf ja doch auch keine Begriffsbestimmung des Vorsatzes und der Absicht.

2. Die in **§ 145** gegebene Bestimmung darf nicht fehlen: sie enthält keine Definition, sondern den gewiß zu billigenden Rechtssatz, daß jeder, der für culpa in concreto haftet, zugleich auch für culpa lata hafte.

---

diesen Fall und diese Entscheidung habe ich selbst bereits Theil I S. 103 erwähnt. Der Entwurf verwendet eben den Maßstab straffer Geschäftsmäßigkeit für den rechtsgeschäftlichen Verkehr: man bedenke auch, daß das Wort „Fahrlässigkeit" hier wie unzählige Male im Civilrecht nicht ein an sich tadelnswerthes Verhalten bedeutet — darüber wird an anderer Stelle näher gesprochen werden —: das Recht mißbilligt das Verhalten des Adressaten (sein Unterlassen der Kenntnißnahme) nicht an sich und schlechthin, sondern nur dann, wenn der Adressat sich auf dieses sein Verhalten zu seinen Gunsten berufen will. Ob aus anderen Gründen die Neufassung des § 74 abzulehnen ist, soll hier nicht erörtert werden.

[267]) Diese Auffassung des § 144 bei Birkmeyer, Mecklenburg. Zeitschr. f. Rechtspflege und R.W. VII S. 217 N. 111.

[268]) So mit Recht von Liszt (oben N. 89 angeführt) S. 16.

Digitized by Google

3. § 146 giebt wieder Definitionen.

Die erste ist entbehrlich.

Die zweite sagt, entschuldbarer Irrthum sei der nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Irrthum. Zwar liegt das schon in dem Wort, denn Entschuldbarkeit ist Schuldlosigkeit, und jede Fahrlässigkeit, also auch die leichte, ist Schuld. Das gemeine Recht aber versteht unter nicht entschuldbarem Irrthum nur den auf grober Fahrlässigkeit beruhenden, s. Windscheid, Pand. § 79a N. 4[269]). Darum ist die Legaldefinition nützlich.

Auch die dritte Begriffsbestimmung ist von Werth, sie versteht sich nicht durchaus von selbst. Stilistisch ist sie, wie schon Andere bemerkt haben, mißlungen: da häufig genug Jemand das, was er wissen muß, auch wirklich weiß, kann „Wissenmüssen" nicht als „Nichtwissen" definirt werden. Nicht ganz genau ist es daher auch, wenn der Entwurf in ungezählten Fällen sagt: wenn eine Person etwas „kannte oder kennen mußte". Das ist kein Gegensatz. Correct wäre nur: „kannte oder hätte kennen müssen". Dies „hätte müssen" drückt allerdings aus, daß die Kenntniß nicht vorhanden war; freilich ist es sehr schleppend.

Der Zusatz, den wir in § 146* Satz 2 machen, ist für den Entwurf, der in § 74 die Empfangstheorie angenommen hat, ganz unentbehrlich; aber auch für die Neufassung bleibt er trotz § 74* nothwendig, weil auch nach § 74* a. E. und § 76* Fälle vorkommen können, in denen Jemand schuldlos den Inhalt einer Erklärung nicht kennt, obwohl sie ihm zugekommen ist. Daß aber die Berufung auf die Nichtkenntniß einer zugekommenen Erklärung nicht gestattet werden darf, liegt auf der Hand.

Die Einleitung des § 146 „Im Sinne des Gesetzes" ist überflüssig[270]); § 146* Abs. 2 erwähnt „das Gesetz" nur aus stilistischen Gründen. Daß mit dem Gesetz nicht nur das bürgerliche Gesetzbuch, sondern auch alle späteren Gesetze gemeint sind, ist wohl unzweifelhaft[271]).

§ 222.

§ 222 spricht nur davon, daß der Beschädiger den Schaden verschuldet hat. Er muß aber auch die Fälle umfassen, in denen Jemand wegen einer Beschädigung, die er schuldlos oder die er überhaupt nicht selbst herbeigeführt hat, haftet. Einen solchen Fall bietet

---

[269]) Gegen die Begriffsbestimmung des § 146 Hölder S. 134 ff.

[270]) S. Goldschmidt S. 32.

[271]) Hölder S. 136, Schilling S. 56.

Digitized by Google

die Neufassung in § 103b*[272]), und darin liegt der Grund, warum wir § 222* hier besprechen; solche Fälle giebt es aber auch schon nach dem Entwurf — man denke nur an das receptum der Gastwirthe in § 626, hier hat der Entwurf in Abs. 2 den § 222 allerdings ausdrücklich für „entsprechend anwendbar" erklärt[273]) —, und ferner nach den vom Einführungsgesetz aufrecht erhaltenen reichs- und landesgesetzlichen Sonderbestimmungen[274]). Hervorzuheben sind noch die Fälle, in denen Jemand wegen fremden Verschuldens haftet[275]): auch hier muß die Haftung durch eigne Fahrlässigkeit des Beschädigten beeinflußt werden, und doch paßt § 222 nicht, da er lediglich von der Haftung des Beschädigers selbst spricht. Hierdurch erklären sich die in der Neufassung gemachten Aenderungen.

§ 290 Abs. 2 und 4. § 294 Abs. 2 Satz 2.

S. oben S. 55 und unten S. 144.

§ 315 Abs. 1 Satz 3.

S. oben S. 127.

§ 344.

S. oben S. 56, 58, 59 fg., 65.

§ 347.

S. oben S. 56, insbesondere auch Note 131; ferner S. 57, 58, 65.

§ 603.

S. oben zu § 119, S. 92 fg.

§ 626 Abs. 2.

S. oben zu § 222.

§ 667.

S. oben S. 49 fg.

§ 684.

S. unten S. 142, 144; S. 58 N. 137, S. 62 N. 150, S. 64.

---

[272]) S. die richtige Bemerkung von Michaelis, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags IV S. 131. — Wird die Aenderung des § 222 abgelehnt, so muß es in § 103b* heißen: „§ 222 findet entsprechende Anwendung".

[273]) Diese Klausel wird demnach durch § 222* überflüssig.

[274]) S. Gierke S. 105.

[275]) S. diese Fälle bei Meischeider (oben N. 107 angeführt) S. 50 fg.

Digitized by Google

§§ 737—747.

Zweckloſe Bereicherung.

An dieſer Stelle muß eine kurze Erläuterung der Neufaſſung genügen.

1. Thatbeſtand der Kondiktionen.

§ 737* Abſ. 1 giebt den Thatbeſtand unter Verweiſung auf § 104d* einheitlich an: dadurch ſind die Thatbeſtände der §§ 737 Abſ. 1 (condictio indebiti), 742 (cond. ob causam non secutam), 745 Abſ. 1 (cond. ob causam finitam), 747 Abſ. 1 (cond. ob turpem causam) gedeckt; wie weit § 737* auch ſchon Fälle des § 748 in ſich begreift, ſoll hier nicht unterſucht werden. § 748 macht, da er auf anderem Grundgedanken beruht, eine eigene Prüfung nöthig.

Soweit ſich § 742 auf eine weitere bei einer Kaufalberedung gemachte Vorausſetzung bezieht, iſt er durch § 104b* erſetzt.

2. Gegenſtand der Kondiktion.

a. Der gutgläubige Empfänger haftet auf die „Bereicherung", § 737* Abſ. 1. Dies Wort genügt unſeres Erachtens für das, was §§ 737 Abſ. 3, 739 und 740 kaſuiſtiſch ſagen; über § 740 Abſ. 2 kann hier nicht näher geſprochen werden. Für wünſchenswerth halten wir den durch § 737* Abſ. 2 gemachten Zuſatz, der den Begriff der Bereicherung nach einer praktiſch hervorragend wichtigen Richtung hin begrenzt[276]). Eine entſprechende Aenderung erheiſcht unſeres Erachtens auch § 2087. Der gedachte Abſ. 2 iſt übrigens allgemein genug, um auch den Fall zu treffen, wo die Leiſtung bloß in Begründung einer Verbindlichkeit beſtand: auch hier iſt die Rückforderung der Obligation ſoweit ausgeſchloſſen, wie das Vermögen des Empfängers zugleich vermindert iſt, z. B. durch Ausgaben, die mit Rückſicht auf die erworbene aber noch nicht erfüllte Obligation bereits gemacht ſind. Eben dieſes Satzes halber haben wir auch die Beſtimmung fortgelaſſen, welche § 684 Abſ. 1 bei einem Einzelfall zum Ausdruck bringt, daß nämlich dem sine causa Verſprechenden neben der Rückforderungsklage auch eine Einrede gegen den Anſpruch des Gegners zuſtehe. Daß die condictio, ſoweit ſie (in der Begrenzung des § 737* Abſ. 2) überhaupt zuſteht, auch einredeweiſe geltend gemacht werden kann, verſteht ſich von ſelbſt; daß dieſe Einrede unverjährbar ſei (drückt § 684 Abſ. 1 das wirklich, wie die Motive II S. 693 meinen, aus?), ſcheint uns nicht empfehlenswerth.

---

[276]) Vgl. z. B. die Entſcheidung des R.O.H.G. in Seufferts Archiv Bd. 33 Nr. 32. S. auch Motive II S. 838.

Digitized by Google

b. Die Haftung des bösgläubigen Empfängers regelt § 741*; er unterscheidet sich von § 741 sachlich insofern, als er die Frage, ob und wann ein Delikt vorliegt, freiläßt. Weil § 741* allgemein lautet, kommen § 744, § 745 Abs. 2 und ebenso auch § 747 Abs. 2 in Wegfall. — § 741 regelt die Haftung des Empfängers nicht selbst, sondern verweist lediglich auf § 244, und dieser wieder verweist auf die §§ 929 ff. Das ist sehr unbequem und unklar. § 244 ist auch zu eng; vgl. Seuffert, die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts (Bekker u. Fischer, Beiträge Heft 11) S. 19 fg. Wir müssen es indessen einstweilen bei dieser Verweisung lassen.

3. Sonderbestimmungen.

a. Condictio indebiti: § 737 Abs. 2 erste Hälfte ist wohl entbehrlich; die zweite Hälfte und ebenso § 738 behalten wir als § 743a* bei. § 737 Abs. 4 steht in § 741* Nr. 3. Ob hier noch Ergänzungen nöthig sind, wie sie Bähr S. 413 fg. und Gierke S. 273 fg. fordern, lassen wir dahingestellt.

b. Condictio ob causam non secutam: § 743 bleibt im Wesentlichen, gilt aber in der Neufassung allgemein für alle Kondiktionen. Zur Fassung von § 743* Nr. 2 vgl. oben S. 134 zu § 136.

c. Condictio ob causam finitam: den § 746 haben wir nicht näher durchgeprüft. In die neuen Zusatzbestimmungen zur C.P.O. verweist ihn Fischer (oben N. 253 angeführt) S. 35.

d. Condictio ob turpem causam: § 747 Abs. 3 steht schon in § 743* Nr. 1. — Demnach gilt hier folgendes Recht[277]):

1) Handelt der Empfänger allein verwerflich, so findet Rückforderung statt, das sagt § 737* (mit § 104d* Abs. 2). 2) Handelt nur der Leistende verwerflich, so findet keine Rückforderung statt. Das steht in § 743* Nr. 1 Satz 1. Da bei Unsittlichkeit nur der einen und zwar der beim Rechtsgeschäfte verlierenden Partei das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist (s. oben S. 61 ff.), so ist die causa giltig bestimmt, insofern findet also schon nach § 737* eine Rückforderung nicht statt. § 743* Nr. 1 hat aber Werth für den Fall, daß die giltig bestimmte causa nicht in Erfüllung geht: dem verwerflich Leistenden ist dann gegen den Empfänger, der selbst unverwerflich handelte, die Rückforderung versagt, die ihm nach § 737* an sich zustünde. 3) Handeln beide Parteien verwerflich, so ist die causa nichtig bestimmt, also würde nach § 737* Rückforderung Statt haben. Diese Rückforderung aber schließt § 743* Nr. 1 aus.

---

[277]) Vgl. auch oben S. 58 ff., 62 ff.

Digitized by Google

Diese letztere Regel läßt sich da, wo die Leistung in der Begründung einer Verbindlichkeit bestand, nicht durchführen. Ist die Rückforderung überhaupt ausgeschlossen, so ist auch die Rückforderung des gegebenen Versprechens ausgeschlossen; diese Folgerung ziehen auch die Motive II S. 850 fg. Das hat zwar für gewöhnlich nichts zu sagen, weil bei Nichtigkeit der causa die Obligation meist selbst nichtig ist (s. § 104d* Abs. 1); war aber das die Forderung begründende Rechtsgeschäft abstrakt, so entsteht die Forderung giltig, der selbst verwerflich handelnde Versprechensempfänger kann also die Erfüllung des Versprechens verlangen. Das erscheint uns ungeeignet. § 684 Abs. 3 hat auch für den Hauptfall der abstrakten Forderungsbegründung (Schuldversprechen) „die Verweigerung der Erfüllung und den Anspruch auf Befreiung" ausdrücklich zugelassen. § 743* Nr. 1 sagt das allgemeiner. Demnach gilt bei Forderungsbegründungen folgendes Recht: a) Nur der Versprechensempfänger handelte verwerflich: Rückforderung der Obligation. b) Nur der Versprechende handelte verwerflich: keine Rückforderung der Obligation; die Ausnahme, welche § 684 Nr. 3 hier für einen Fall der abstrakten Forderungsbegründung macht, ist principlos, s. oben S. 62 N. 151. c) Beide handeln verwerflich: Rückforderung der Obligation. Ist das Versprechen aber bereits erfüllt, so findet nun keine Rückforderung mehr statt; das muß ausdrücklich gesagt werden, weil im Allgemeinen Leistungen zum Zweck der Erfüllung eines mit zerstörlicher Einrede behafteten Forderungsrechts zurückgefordert werden können (§ 737 Abs. 2 = § 743a*).

4. Verweisungen.

Die öfteren Verweisungen auf die rechtsgeschäftlichen sine-causa-Kondiktionen erscheinen uns überflüssig. Darum können z. B. § 290 Abs. 2 Satz 3, § 684 Abs. 1, § 829 Abs. 2 fehlen. Aber auch § 290 Abs. 4 und § 684 Abs. 2 sind fortzulassen: es handelt sich in ihnen um einen Fall der „Zwecklosigkeit", der ganz allgemein bei allen abstrakten Geschäften vorkommen kann; z. B. ich erkläre auf Bitten des Anderen noch einmal einen Verzicht auf ein dingliches Recht, weil ich glaube, dasselbe sei bereits erloschen. Demnach kann § 684 ganz, von § 290 können Abs. 2 und 4 fehlen. Wird § 290 sachlich beibehalten — die Frage, ob das zweckmäßig ist, prüfen wir an dieser Stelle nicht[278]) —, so ließen sich Abs. 1, 3 und 5 bequem so formuliren: „Eine Verbindlichkeit erlischt, so weit sie vertragsmäßig erlassen oder vertragsmäßig als getilgt anerkannt ist."

[278]) Vgl. u. A. Gierke S. 202, Bähr S. 357 ff.

Digitized by Google

§ 829.

S. oben S. 55 und 144.

§ 832.

S. oben S. 7 fg. und N. 17. Selbst wenn hier ein wahres Scheingeschäft vorläge, wäre die Bestimmung doch für die Neufassung überflüssig, da sie der in § 95* gegebenen allgemeinen Regel entspricht.

§ 874 Abs. 1 Satz 2.

S. oben S. 55.

§ 1229.

S. oben S. 52 fg.

§ 1259, 1261.

S. oben S. 31 ff., 45, 50. Statt „Die Ehe ist nur dann anfechtbar: 1. wenn einer der Eheschließenden . . .“ sagen wir: „Der Eheschließende kann die Ehe nur dann anfechten: 1. wenn er . . .“. Ebenso ist bei Nr. 2, 3, 4 „wenn er“ zu setzen. Damit wird der ganze § 1261 entbehrlich.

§ 1779, s. oben S. 31, vgl. S. 7 und 9.

§ 1780, s. oben S. 45.

§ 1781, s. oben S. 50 fg.

§ 1782, 1783, s. oben S. 52 fg.

§ 1784, s. oben S. 51.

§ 1785, s. oben S. 51.

§ 1787, s. oben S. 79.

§ 1947, s. oben S. 31 N. 64.

Digitized by Google

Nachtrag

zu der in Theil I vorgeschlagenen Neufassung des § 74 Abs. 1 und 4.

Der Entwurf unterscheidet in § 74 die Willenserklärungen, welche einem sachlich Betheiligten gegenüber, und die, welche einer Behörde gegenüber abgegeben werden müssen. Nur den sachlich Betheiligten nennt sie einen „Empfänger"; auf die Willenserklärungen gegenüber einer Behörde aber erklärt sie § 74 Abs. 2 und 3 für anwendbar, auch die Anwendbarkeit von Abs. 1 soll nach den Motiven selbstverständlich sein. In Theil I S. 25 wurde deshalb der Unterschied zwischen der Behörde und einem Betheiligten als Adressaten der Willenserklärung fallen gelassen. Andere Gründe machen indeß die Aufrechterhaltung des Unterschieds nöthig; namentlich muß in der Lehre vom Irrthum der sachlich betheiligte Empfänger anders als die Behörde behandelt werden. Demnach ist die Unterscheidung in dem neuen § 74* wiederhergestellt. Empfangsbedürftig im Sinne des Gesetzes ist also eine Willenserklärung dann nicht, wenn sie der Form halber vor einer Behörde abgegeben wird. Da auch die Behörde sachlich betheiligt sein kann, so schien die ausdrückliche Betonung der rein formellen Funktion der Behörde in § 74a* wünschenswerth. „Behörde" ist in weitestem Sinne zu nehmen: man denke nur an mündliche letztwillige Verfügungen einer Militärperson vor einem Auditeur oder Offizier oder Militärarzt oder Militärgeistlichen oder höheren Lazarethbeamten nach § 44 des Reichsmilitärgesetzes. Ob eine Ausdehnung des § 74a* auf Erklärungen vor Zeugen Bedürfniß ist, soll hier nicht entschieden werden.

Die Neufassung erklärt nur § 74* auf die Willenserklärung vor Behörden für anwendbar. Auch § 74 Abs. 2 und 3 für anwendbar

Digitized by Google

zu erklären, wie es der Entwurf in § 74 Abſ. 4 thut, war bei der Geſtalt, welche dieſe Vorſchriften in der Neufaſſung (als § 76a* und 76b*) erhalten haben, unnöthig: § 76a* ſpricht zwar davon, daß eine Willenserklärung an Jemanden gerichtet ſei, verwendet aber ebenſowenig wie § 76b* den Begriff der empfangsbedürftigen Willenserklärung.

Digitized by Google

Entwurf.

I.

Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5—10.

Entwurf.

Fünfter Titel.
Willensmängel.

§. 95.

E. §. 97. Ist der Urheber einer Willenserklärung, bei welcher der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, des Mangels der Uebereinstimmung sich bewußt, so ist die Willenserklärung gültig, sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat. Die Willenserklärung E. §. 96, §. 832 ist jedoch nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat.

§. 96.

Ein zum Scheine vorgenommenes Rechtsgeschäft ist nichtig.

Wird bei Vornahme des Scheingeschäftes von den Parteien die Errichtung eines anderen Rechtsgeschäftes beabsichtigt, so bestimmt sich die Gültigkeit dieses anderen Rechtsgeschäftes nach den für dasselbe geltenden Vorschriften.

§. 97.

Hat bei einer Willenserklärung der Urheber, welcher des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen

Digitized by Google

Neufassung.

I.

Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5 — 10.

Neufassung.

Fünfter Titel*.

Willensmängel.

§. 94a*.

Eine Willenserklärung liegt vor, wenn das Verhalten einer Person nach der Verkehrssitte als solche aufzufassen ist.

Eine Willenserklärung gilt in dem Sinne, den sie nach der Verkehrssitte hat.

§. 95*.

Wenn der Erklärende keine Willenserklärung abgeben wollte oder die abgegebene Willenserklärung nicht ernstlich meinte, so ist die Willenserklärung nichtig, falls der etwaige Empfänger den Willensmangel erkannte; anderenfalls kann der Erklärende sie anfechten.

Die Willenserklärung ist jedoch giltig und unanfechtbar, wenn der Erklärende den Empfänger oder Dritte über den Mangel der Ernstlichkeit zu täuschen beabsichtigte. Unbeschadet bleibt die Verpflichtung der Parteien, im Verhältniß zu einander die Willenserklärung als nichtig zu behandeln und nur das etwa wirklich Gemeinte gelten zu lassen, wenn sie einverstanden waren, daß die Willenserklärung nur zum Schein abgegeben werden solle.

E. §. 95* Abs. 2.

E. §. 95*, §. 109b*.

Digitized by Google

sich bewußt war, zu täuschen nicht beabsichtigt, so ist die Willenserklärung nichtig.

Die Willenserklärung ist jedoch gültig, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadenersatz, jedoch in keinem Falle über den Betrag hinaus, welchen er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte.

Die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen kannte oder kennen mußte.

§. 98.

Beruht der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde.

§. 99.

Die nach den Vorschriften des §. 98 für nichtig zu erachtende Willenserklärung ist gültig, wenn dem Urheber derselben grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadenersatz nach Maßgabe des §. 97 Abs. 3.

Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Empfänger den Irrthum kannte oder kennen mußte.

§. 100.

Fehlt bei der Schließung eines Vertrages in Ansehung eines Theiles des Vertrages die Uebereinstimmung des Willens der Vertragschließenden, so ist der ganze Vertrag nichtig, sofern nicht erhellt, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über jenen Theil geschlossen sein würde.

Digitized by Google

§. 98* Abs. 1.

Wenn der Erklärende in dem Ausdruck seines Willens fehlgriff oder Personen oder Gegenstände, auf welche sich die Willenserklärung bezog, verwechselte, so gilt die Willenserklärung so, wie sie wirklich gemeint war oder wie sie ohne die Verwechslung abgegeben sein würde, falls der etwaige Empfänger den Fehlgriff oder die Verwechslung erkannte; anderenfalls kann der Erklärende die Willenserklärung anfechten. Die Anfechtbarkeit tritt jedoch nicht ein, wenn der Fehlgriff oder die Verwechslung für den Erklärenden ohne Bedeutung oder nur von geringer Bedeutung war.

S. §. 98*, §. 103b*.

S. §. 114*.

Digitized by Google

§. 101.

Die Vorschriften der §§. 98 bis 100 finden entsprechende Anwendung, wenn der Urheber der Willenserklärung zur Uebermittelung derselben an den Empfänger sich einer Mittelsperson bedient hat, durch welche der Wille unrichtig mitgetheilt ist.

§. 102.

Ein Irrthum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ohne Einfluß.

§. 103.

Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten.

Ist bei einer Willensklärung, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird, der Betrug von einem Dritten verübt, so ist die Willenserklärung nur dann anfechtbar, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Betrug kannte oder kennen mußte.

Z. §. 97 Abs. 2,
§. 99 Abs. 2.

Digitized by Google

§. 98* Abs. 2.

Dem Fehlgriff im Ausdruck steht es gleich, wenn die Willenserklärung durch die Person oder Veranstaltung, welche der Erklärende zur Uebermittlung der Willenserklärung gewählt hat, entstellt übermittelt wird, höhere Gewalt ausgenommen.

§. 103*.

Der Erklärende kann die Willenserklärung anfechten, wenn er widerrechtlich durch Zwang oder arglistige Täuschung zu ihr bestimmt war.

§. 103a*.

Das Anfechtungsrecht fällt fort, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der Gegner in entschuldbarer Unkenntniß der Anfechtbarkeit bereits geleistet hat und eine Rückgabe der Leistung unmöglich ist.

§. 103b*.

Im Fall der Anfechtung muß der Erklärende dem Anfechtungsgegner, der auf die Giltigkeit der Erklärung vertraute, den dadurch erlittenen Schaden ersetzen. § 222* findet Anwendung.

Das Gericht hat den Schadenersatz frei zu bemessen; es kann auch auf Ersatz des nicht vermögensrechtlichen Schadens und auf Ersatz für die stattgehabte Enttäuschung erkennen; es hat zu ermessen, wie weit trotz geschehener Anfechtung der Schadenersatz nachträglich noch durch Aufrechterhaltung der Willenserklärung geleistet werden darf.

Im Fall der Anfechtung wegen Fehlgriffs oder Verwechslung ist der Anfechtende verpflichtet, auf Verlangen des Schadenersatzberechtigten diesem gegenüber die Willenserklärung so, wie sie wirklich gemeint war oder wie sie ohne die Verwechslung abgegeben sein würde, gelten zu lassen.

Digitized by Google

§. 104.

Die Anfechtung muß binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem die Zwangslage aufgehört hat oder der Betrug entdeckt ist.

Die Frist zur Anfechtung beträgt dreißig Jahre von dem Zeitpunkte an, in welchem die Willenserklärung abgegeben worden ist, wenn nicht die Anfechtung in Gemäßheit des ersten Absatzes bereits früher ausgeschlossen ist.

Die Vorschriften des §. 166 finden entsprechende Anwendung.

E. §. 677, §. 742.

Digitized by Google

§. 104*.

Die Anfechtungserklärung muß binnen einer Woche abgegeben sein, wobei die Tage, an welchen der Anfechtungsberechtigte schuldlos an der Abgabe der Anfechtungserklärung verhindert war, nicht mitgezählt werden. Sie ist nur wirksam, wenn sie binnen Jahresfrist dem Anfechtungsgegner zukommt. Die Fristen beginnen, sobald der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde erfahren hat, im Fall der Anfechtung wegen Zwanges, sobald die Zwangslage aufgehört hat.

Die Anfechtungsfrist beträgt längstens dreißig Jahre nach Abgabe der anfechtbaren Erklärung.

§ 166 findet Anwendung.

§. 104a*.

Eine Willenserklärung ist in einer nicht zutreffenden Voraussetzung abgegeben, wenn der Erklärende sie in Irrthum oder Unkenntniß über einen vergangenen oder gegenwärtigen oder zukünftigen, thatsächlichen oder rechtlichen Umstand abgegeben hat und anzunehmen ist, daß er sie ohne den Irrthum oder die Unkenntniß nicht abgegeben haben würde.

Die Grundsätze über die Voraussetzung finden keine Anwendung, soweit die Voraussetzung sich auf die Erreichung des rechtlichen Zweckes einer reinen Vermögensleistung bezieht (§ 737*).

§. 104b*.

Wer eine Willenserklärung in einer dem Empfänger kenntlichen Voraussetzung abgiebt, kann wegen Nichtzutreffens der Voraussetzung dem Empfänger gegenüber von der Erklärung zurücktreten:

1. wenn der Empfänger die Wahrheit kannte und dem Erklärenden nicht unter Einräumung eines sofort auszuübenden Rücktrittsrechts mittheilte, obwohl der Erklärende eine solche Mittheilung hätte erwarten dürfen;
2. wenn nach allgemeiner Erfahrung anzunehmen ist, daß der Erklärende, falls er an dem Zutreffen der Voraussetzung gezweifelt hätte, ein Rücktrittsrecht für den Fall des Nichtzutreffens der Voraussetzung beansprucht, und daß der Empfänger ein solches bewilligt haben würde.

Dem Empfänger steht bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften derjenige gleich, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben ist.

Digitized by Google

Sechster Titel.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

G. §. 209 Abs. 2 Satz 1. u. 2. §. 850 Satz 1; §. 204 Abs. 2 Satz 2. §. 874 Abs. 1 Satz 2.

§. 105.

Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt.

§. 106.

Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.

Digitized by Google

§. 104c*.

Erklärt der Rücktrittsberechtigte seinen Rücktritt, so werden die Parteien verpflichtet, die Wirkungen des Rechtsgeschäfts untereinander rückgängig zu machen. Die Grundsätze über zwecklose Bereicherung finden entsprechende Anwendung. Ebenso sind die für die Anfechtung in § 103a*, 103b*, 104* gegebenen Vorschriften entsprechend anzuwenden. Dabei gilt die Unkenntniß des Gegners vom Nichtzutreffen der Voraussetzung stets als entschuldbar.

Sechster Titel*.

Inhalt der Rechtsgeschäfte.

§. 104d*.

Soweit durch ein Rechtsgeschäft eine unmittelbare Vermögensleistung an einen Anderen bewirkt werden, insbesondere ihm ein Recht oder Befreiung von einer Belastung oder Verbindlichkeit verschafft werden soll, ist das Rechtsgeschäft wirksam, auch wenn die Leistung im Rechtssinne zwecklos ist. Diese Bestimmung findet bei Leistungen, die in der Begründung einer Verbindlichkeit bestehen, nur dann Anwendung, wenn das Gesetz bestimmt, daß die Verbindlichkeit ohne Rücksicht auf den Zweck (Verpflichtungsgrund) entstehen solle.

Im Rechtssinne zwecklos ist eine Leistung dann, wenn der rechtliche Zweck der Leistung nicht oder nicht giltig bestimmt ist oder nicht erreicht wird oder wieder fortfällt oder der Art ist, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung verwerflich handelt.

§. 105*.

Gesetzlich verbotene Rechtsgeschäfte sind nichtig, wenn nichts Anderes aus dem Gesetze hervorgeht.

Durch das gesetzliche Verbot wird jedes Rechtsgeschäft getroffen, welches arglistig zur Umgehung des Verbots errichtet wird.

§. 106*.

Sittlich verwerfliche Rechtsgeschäfte sind nichtig.

Digitized by Google

§. 107 [1]).

Die durch Rechtsgeschäft oder durch Urtheil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgende Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes und Belastung einer Sache oder eines Rechtes, durch welche gegen ein nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot verstoßen wird, ist gegenüber diesen Personen unwirksam. Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

Als gesetzliches Veräußerungsverbot gilt auch die in einem Rechtsgeschäfte sich gründende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung.

S. Abs. 1, 4.

Das nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienende Veräußerungsverbot verliert durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen desjenigen, welcher dem Verbote unterliegt, gegenüber den Konkursgläubigern seine Wirkung.

S. Abs. 1, 2 u. Anmrk. zu diesem §.

Solange das Verbot besteht, darf der Gegenstand, auf welchen es sich bezieht, im Wege der Zwangsvollstreckung wegen eines persönlichen Anspruches oder auf Grund eines Rechtes, welches in Folge des Verbotes unwirksam sein würde, nicht veräußert oder überwiesen werden.

---

[1]) Vorbehalten bleibt, bei der Beschlußfassung über das Einführungsgesetz zu entscheiden, ob die Veräußerungsverbote gewisser Verwaltungsbehörden den gerichtlichen Veräußerungsverboten gleichzustellen seien.

Artikel 7 des Entwurfs eines Einf.-Ges.: Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Wirkungen eines gerichtlichen Veräußerungsverbotes finden auf ein Veräußerungsverbot, welches von einer anderen Behörde als einem Gerichte innerhalb der Grenzen der Zuständigkeit derselben erlassen ist, entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

§. 107*.

Verfügungen, durch welche gegen ein nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches Veräußerungsverbot verstoßen wird, können seitens der geschützten Person angefochten werden. Jedoch finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung.

S. Abs. 4*.

Den Verfügungen, welche der durch das Verbot Beschränkte getroffen hat, stehen Verfügungen aus seinem Recht (durch Urtheil, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung) gleich.

Durch Konkurseröffnung über das Vermögen des durch das Verbot Beschränkten wird das Verbot den Konkursgläubigern gegenüber kraftlos.

Gleiche Kraft mit dem gesetzlichen hat das von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit erlassene Veräußerungsverbot, sowie die durch Rechtsgeschäft herbeigeführte, nach dem Gesetz gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung.

S. Abs. 2*.

S. Abs. 4*.

S. Abs. 4*.

Digitized by Google

Siebenter Titel.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 108.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre.

§. 109.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, daß die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen.

§. 110.

Wird das nichtige Rechtsgeschäft von dem Urheber bestätigt, so ist die Bestätigung als eine erneuete Vornahme des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen.

Wird ein nichtiger Vertrag bestätigt, so sind die Vertragschließenden im Zweifel unter einander so berechtigt und verpflich'et, wie wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre.

§. 111.

Entspricht das beabsichtigte, aber als solches nichtige Rechtsgeschäft allen Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so ist es als das letztere aufrecht zu erhalten, wenn dies dem aus der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäftes sich ergebenden Willen gemäß ist.

§. 112.

Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird im Falle der Anfechtung in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre, es sei denn, daß durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtung vorgeschrieben sind.

§. 113.

Die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes erfolgt durch eine von dem Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner abzugebende Willenserklärung.

Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrage der andere Vertragschließende, bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, der Betheiligte, bei einem anderen einseitigen Rechtsgeschäfte ein Jeder, welcher aus dem Rechtsgeschäfte ein Recht in Anspruch nimmt, dessen Aufhebung durch die Anfechtung bezweckt wird.

Digitized by Google

Siebenter Titel*.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

§. 109*.

Die Nichtigkeit im Sinne des Gesetzes ist unheilbar.

§. 110*.

Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von dem Urheber bestätigt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er es aufs Neue habe errichten wollen.

Bestätigen die Parteien einen nichtigen Vertrag, so sind sie im Zweifel einander verpflichtet, die Rechtslage herzustellen, wie wenn der Vertrag von Anfang an giltig gewesen wäre.

§. 111*.

Wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft nichtig, mit seiner Vornahme aber den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts genügt ist, so ist dieses giltig, wenn erhellt, daß es anstatt des beabsichtigten gewollt sein würde.

§. 112*.

Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird durch die Anfechtung rückwärts nichtig.

§. 113*.

Die Anfechtung erfolgt durch Willenserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

Anfechtungsgegner ist bei Anfechtung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung der Empfänger, bei Anfechtung eines nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der, welcher auf Grund des Rechtsgeschäfts, aber nicht erst in Folge des Erwerbes eines Anderen, Rechte oder Rechtsvortheile erworben hat. Die Anfechtung gegenüber einem von mehreren Anfechtungsgegnern wirkt nicht gegenüber den anderen Anfechtungsgegnern.

Digitized by Google

Durch die Genehmigung des Anfechtungsberechtigten wird das Rechtsgeschäft unanfechtbar.

§. 114.

Trifft der Grund der Ungültigkeit nur einen Theil eines Rechtsgeschäftes, so ist das ganze Rechtsgeschäft ungültig, sofern nicht erhellt, daß dasselbe auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde.

Achter Titel.

Vertretung und Vollmacht.

§. 115.

Ein Rechtsgeschäft kann, sofern nicht das Gesetz oder die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht, auch durch einen Vertreter und gegenüber einem Vertreter vorgenommen werden.

§. 116.

Durch ein Rechtsgeschäft, welches der Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht vornimmt, wird der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Es macht keinen Unterschied, ob der Vertreter das Rechtsgeschäft ausdrücklich im Namen des Vertretenen vorgenommen hat, oder ob die Umstände ergeben, daß dasselbe nach dem Willen der Handelnden im Namen des Vertretenen vorgenommen werden sollte.

Ist der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht kundgegeben, so kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Auf eine Willenserklärung, welche von einem Dritten gegenüber dem Vertreter abgegeben wird, finden die Vorschriften des ersten Absatzes entsprechende Anwendung.

§. 117.

Das Erforderniß der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, ingleichen die Erheblichkeit von Drohung, Betrug, Irrthum, Wissen und Wissenmüssen bestimmt sich nach der Person des Vertreters.

§. 118.

Ist die Ermächtigung zur Vertretung von dem Vertretenen durch Rechtsgeschäft ertheilt (Vollmacht) und bezieht sich die Ermächtigung

Digitized by Google

Das Anfechtungsrecht erlischt durch Verzicht gegenüber dem Anfechtungsgegner.

§. 114*.

Nichtigkeit eines Theils des Rechtsgeschäfts zieht die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts nach sich, wenn nicht erhellt, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Theil gewollt sein würde.

Achter Titel*.

Stellvertretung.

S. §. 116*.

§. 116*.

Wenn Jemand eine Willenserklärung in kenntlicher Weise im Namen eines Anderen abgiebt oder entgegennimmt (Stellvertretung) und dabei Vertretungsmacht wirklich hat, so treten die Rechtswirkungen der Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen ein.

S. §. 94 n* ff.

S. §. 116*.

§. 117*.

Die Erheblichkeit von Willensmängeln, Irrthum, Nichtwissen und Wissen ist aus der Person des Vertreters zu beurtheilen.

Irrthum, Nichtwissen und Wissen des Vertreters sind jedoch unerheblich, wenn sie nach dem Inhalt der Vollmacht auf die Willens-

Digitized by Google

auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, so ist ein Nichtwissen des Vertreters unerheblich, wenn der Vertretene wußte oder, sofern dem Wissen das Wissenmüssen gleichsteht, wissen mußte.

§. 119.

Die Vollmacht ist widerruflich.

Auf die Widerruflichkeit kann nicht verzichtet werden.

E. in §. 118. Auch im Uebrigen gelten für das Erlöschen der Vollmacht die Vorschriften über das Erlöschen des Auftrages, soweit nicht aus dem Verhältnisse des Vollmachtgebers zu dem Bevollmächtigten ein Anderes sich ergiebt.

§. 120.

Hat der Vollmachtgeber die Bevollmächtigung durch besondere Mittheilung oder durch öffentliche Bekanntmachung Dritten kundgegeben, so gilt die Kundgebung im ersteren Falle gegenüber dem besonders benachrichtigten Dritten, im letzteren Falle gegenüber jedem Dritten, welcher ein Rechtsgeschäft mit dem Bevollmächtigten geschlossen oder gegenüber demselben vorgenommen oder welchem gegenüber der Bevollmächtigte ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, als selbständige Bevollmächtigung.

Das Erlöschen der Vollmacht durch Widerruf oder Kündigung ist gegenüber dem Dritten nur dann wirksam, wenn das Erlöschen in gleicher Weise kundgegeben ist oder wenn der Dritte dasselbe kannte oder kennen mußte.

§. 121.

Die Vorschriften des §. 120 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn der Bevollmächtigte zum Nachweise der Bevollmächtigung von dem Vollmachtgeber eine Vollmachtsurkunde erhalten und dieselbe dem Dritten vorgelegt hat.

E. Abs. 4.

Der Bevollmächtigte muß die Vollmachtsurkunde nach dem Erlöschen der Vollmacht dem Vollmachtgeber zurückgeben.

Auf Antrag des Vollmachtgebers hat das Gericht, bei welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, oder nach seiner Wahl das Gericht, welches für die Klage auf Zurückgabe der Vollmachtsurkunde zuständig ist, die Urkunde durch Beschluß für kraftlos zu er-

Digitized by Google

erklärung des Vertreters keinen Einfluß haben konnten; in solchem Falle ist die Erheblichkeit von Irrthum, Nichtwissen und Wissen aus der Person des Vertretenen zu beurtheilen.

§. 119*.

Die Ertheilung der Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft (Vollmacht) steht unter den Regeln der Einwilligung.

§. 120*.

Der Vertreter hat gegenüber dem Dritten, der bei dem Rechtsgeschäft Gegner ist, Vertretungsmacht, wenn der Vertretene durch besondere Mittheilung an den Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er den Vertreter bevollmächtigt habe oder hierdurch bevollmächtige. Die Kundgebung ist gegenüber jenem Dritten ohne Kraft, wenn er weiß oder wissen müßte, daß sie aus Irrthum über Bestehen oder Umfang der Vollmacht erfolgt ist.

Die Kundgebung verliert ihre Kraft gegenüber jenem Dritten, wenn sie durch neue besondere Mittheilung an ihn oder auch, falls sie durch öffentliche Bekanntmachung erfolgt war, durch entsprechende öffentliche Bekanntmachung zurückgezogen ist, oder wenn der Dritte von dem Erlöschen der Vollmacht weiß oder wissen müßte.

§ 121*.

Der Vertreter hat gegenüber dem Dritten, der bei dem Rechtsgeschäft Gegner ist, Vertretungsmacht, wenn er ihm bei diesem Rechtsgeschäft eine vom Vertretenen erhaltene Vollmachtsurkunde vorlegt und der Dritte den Mangel der Vollmacht nicht kennt oder kennen müßte, die Vollmachtsurkunde auch nicht für kraftlos erklärt ist.

Der Bevollmächtigte muß die Vollmachtsurkunde nach dem Erlöschen der Vollmacht dem Vollmachtgeber zurückgeben.

Auf Antrag des Vollmachtgebers hat das Gericht, bei welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, oder nach seiner Wahl das Gericht, welches für die Klage auf Zurückgabe der Vollmachtsurkunde zuständig ist, die Urkunde durch Beschluß für kraftlos zu er-

Digitized by Google

klären. Der Beschluß ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften bekannt zu machen. Die Kraftloserklärung wird mit Ablauf eines Monates seit der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wirksam.

Solange die Vollmachtsurkunde weder zurückgegeben noch für kraftlos erklärt ist, ist das Erlöschen der Vollmacht durch Widerruf oder Kündigung gegenüber dem Dritten nur dann wirksam, wenn derselbe das Erlöschen kannte oder kennen mußte.

§. 122.

Wird von einem Bevollmächtigten ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde vorgenommen, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Betheiligte dasselbe bei oder unverzüglich nach der Vornahme wegen Mangels der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde zurückweist.

§. 123.

Hat Jemand im Namen eines Anderen, ohne Vertretungsmacht zu haben, einen Vertrag geschlossen, so ist die Wirksamkeit des letzteren für den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängig.

Solange die Genehmigung nicht verweigert ist, kann der andere Vertragschließende auch mit Zustimmung des Vertreters von dem Vertrage nicht zurücktreten.

Als Verweigerung der Genehmigung gilt es, wenn dem anderen Vertragschließenden ungeachtet einer von ihm an den Vertretenen erlassenen Aufforderung innerhalb einer vom Empfange derselben zu berechnenden Frist von zwei Wochen eine bestimmte und ausdrückliche Erklärung nicht zukommt. Die Genehmigung sowie deren Verweigerung kann nach Beginn der Frist nur gegenüber dem anderen Vertragschließenden erklärt werden.

Stirbt der Vertretene, ohne genehmigt zu haben, so wird hierdurch in den Rechtsverhältnissen nichts geändert.

Digitized by Google

klären. Der Beschluß ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften bekannt zu machen. Die Kraftloserklärung wird mit Ablauf eines Monats seit der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wirksam.

E. Abs. 1*.

§. 122*.

Ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches Jemand in fremdem Namen ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde vornimmt, ist nichtig, wenn der Empfänger es unverzüglich dieses Mangels halber zurückweist.

§. 122a*.

Ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches Jemand in fremdem Namen, ohne Vertretungsmacht zu haben, vornimmt, ist nichtig.

§. 123*.

Hat Jemand eine empfangsbedürftige Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben oder entgegengenommen, ohne Vertretungsmacht zu haben, so ist das Rechtsgeschäft in der Schwebe, bis der Vertretene dem Gegner erklärt hat, daß er seine Genehmigung ertheile oder daß er sie verweigere.

In der Schwebezeit ist Aufhebung des Rechtsgeschäfts nur soweit möglich, wie sie auch bei einem schon genehmigten Rechtsgeschäfte möglich wäre.

Der Gegner kann den Vertretenen auffordern, ihm ausdrücklich zu erklären, ob er seine Genehmigung ertheile. Die Frage gilt als verneint, wenn dem Gegner nicht eine ausdrückliche Antwort in einer Frist zukommt, in welcher ihm ein am nächsten Werktag nach Empfang der Aufforderung abgesendeter Antwortbrief bei längster regelmäßiger Beförderung durch die Post zukommen würde. § 85* findet entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

§. 124.

Hat der Vertreter bei Schließung des Vertrages nicht kundgegeben, daß er ohne Vertretungsmacht sei, so kann der andere Vertragschließende, solange der Vertretene die Genehmigung nicht ertheilt hat, von dem Vertrage zurücktreten, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat.

§. 125.

Der Vertreter, welcher bei Schließung des Vertrages nicht kundgegeben hat, daß er ohne Vertretungsmacht sei, ist, wenn die Genehmigung des Vertrages verweigert wird, dem anderen Vertragschließenden persönlich verhaftet. Der Andere kann nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern.

Die Haftung des Vertreters tritt nicht ein, wenn der Andere den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat.

§. 126.

Ein einseitiges Rechtsgeschäft kann von einem Anderen ohne Vertretungsmacht nicht wirksam vorgenommen werden. Ist jedoch die Wirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäftes davon abhängig, daß dasselbe gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, so finden, wenn der Betheiligte mit der Vornahme sich einverstanden erklärt, die für Verträge geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Neunter Titel.

Einwilligung und Genehmigung.

§. 127.

Ist die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes davon abhängig, daß ein Anderer im Voraus in die Vornahme desselben einwilligt oder das vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigt, so kann die Einwilligung oder Genehmigung sowie die Verweigerung der Genehmigung, wenn das Rechtsgeschäft ein Vertrag ist, gegenüber dem einen oder anderen Vertragschließenden, wenn es ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, zu dessen Wirksamkeit erforderlich ist, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, gegenüber dem Urheber des Rechtsgeschäftes oder dem anderen Betheiligten erklärt werden.

Digitized by Google

§. 125*.

Hat der Vertreter nicht kenntlich gemacht, daß er ohne Vertretungsmacht sei und hat der Gegner dies auch nicht gewußt, so ist, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert, der Vertreter zum Schadenersatz nach den Vorschriften des § 103b* verpflichtet.

Der Beweis, daß Vertretungsmacht vorhanden gewesen sei, liegt dem Vertreter ob.

E. §. 122*, §. 122a*, §. 123*.

Neunter Titel*.

Zustimmung, Einwilligung, Genehmigung.

§. 127*.

Bedarf Jemand zur Vornahme oder Entgegennahme eines Rechtsgeschäfts der Zustimmung eines Anderen, so kann die Ertheilung und die Verweigerung und, soweit Widerruf zulässig ist, auch der Widerruf der Zustimmung sowohl ihm gegenüber wie gegenüber dem, welcher etwa bei dem Rechtsgeschäfte Gegner ist, wirksam erklärt werden.

Digitized by Google

Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Ist für das Rechtsgeschäft, auf welches die Einwilligung oder Genehmigung sich bezieht, eine Form erforderlich, so ist die Erklärung an diese Form nicht gebunden.

Auf das Erlöschen der Wirksamkeit der im Voraus ertheilten Einwilligung finden die Vorschriften über das Erlöschen der Vollmacht entsprechende Anwendung.

Die Genehmigung wirkt, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, auf die Zeit zurück, in welcher das genehmigte Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist.

Durch diese Rückbeziehung werden Rechte nicht berührt, welche Dritte vor der Genehmigung durch Verfügungen des Genehmigenden oder im Wege einer gegen diesen erwirkten Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung an dem Gegenstande des Rechtsgeschäftes erworben haben.

E. §. 315 Abs. 1 Satz 3.

Zehnter Titel.

Bedingung und Befristung.

§. 128.

Ist einem Rechtsgeschäfte eine aufschiebende Bedingung beigefügt, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte rechtliche Wirkung mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Bedingung erfüllt ist.

§. 129.

Ist einem Rechtsgeschäfte eine auflösende Bedingung beigefügt, so endigt die durch dasselbe erzeugte rechtliche Wirkung mit dem Zeitpunkte, in welchem die Bedingung erfüllt ist, dergestalt, daß der frühere Zustand von Rechtswegen wiederhergestellt wird.

Digitized by Google

Ist für das Rechtsgeschäft eine Form erforderlich, so ist auch die Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft an diese Form gebunden.

§ 127a*.

Die vorherige Zustimmung (Einwilligung) erlischt durch einen gegenüber dem Einwilligenden erklärten Verzicht desjenigen, der ihrer bedurfte. Im Uebrigen sind die Erlöschungsgründe der Einwilligung, insbesondere auch ihre Widerruflichkeit, nach dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß zu beurtheilen.

§. 127b*.

Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wird, soweit nicht durch Gesetz oder Parteiwillen etwas Anderes bestimmt ist, auf den Zeitpunkt der Geschäftserrichtung zurückgezogen.

Durch diese Rückziehung werden jedoch Verfügungen des Genehmigenden über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts nicht hinfällig. Den eigenen Verfügungen des Genehmigenden stehen Verfügungen aus seinem Recht (durch Urtheil, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung) oder, wo es sich um mundwaltliche Genehmigung handelt, Verfügungen aus dem Rechte des Vertretenen gleich.

Haben die bei der Errichtung des Rechtsgeschäfts betheiligten Personen das Rechtsgeschäft inzwischen rückgängig gemacht, so ist die Genehmigung unwirksam, sofern das Gesetz nichts Anderes bestimmt.

Zehnter Titel*.

Bedingung und Befristung.

§. 128*.

Ist Eigenthum unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung übertragen, so erfolgt der Eigenthumsübergang mit Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins von selbst.

§. 129*.

Ist Eigenthum unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung übertragen, so fällt das Eigenthum mit Eintritt der Bedingung oder des Endtermins von selbst wieder an den Veräußerer.

Digitized by Google

§. 130.

Ergiebt sich aus dem Inhalte des Rechtsgeschäftes, daß der Eintritt oder die Beendigung der rechtlichen Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden soll, so sind im Falle der Erfüllung der Bedingung die Betheiligten unter einander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes schon in dem früheren Zeitpunkte eingetreten wäre oder geendigt hätte.

§. 131.

Fällt die aufschiebende Bedingung aus, so ist der Eintritt der von der Bedingung abhängig gemachten rechtlichen Wirkung ausgeschlossen.

Fällt die auflösende Bedingung aus, so ist das Rechtsgeschäft als unbedingt errichtet anzusehen.

§. 132.

Das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung sind nach den für das unbedingte Recht und die unbedingte Verpflichtung geltenden Vorschriften vererblich.

§. 133.

Der bedingt Berechtigte kann Sicherheitsleistung fordern, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach den §§. 796, 797 der Civilprozeßordnung Arrest stattfindet.

Wird über das Vermögen des unter einer aufschiebenden Bedingung Verpflichteten der Konkurs eröffnet, so hat der bedingt Berechtigte diejenigen Rechte, welche die Konkursordnung demselben für den Fall beilegt, daß der Gemeinschuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist (§§. 142, 158 der Konkursordnung).

Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden keine Anwendung, wenn das bedingte Recht wegen der entfernten Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil sich nicht betrachten läßt.

Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung bestimmt sich auch bei einem bedingten Rechte nach den Vorschriften der §§. 814 bis 822 der Civilprozeßordnung.

§. 134.

E. §. 135. Hat der bedingt Verpflichtete während des Schwebens der Bedingung durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt, so haftet er im Falle der Erfüllung der Bedingung für den Ersatz des dem Be-

Digitized by Google

Vgl. §. 135a*.

S. §. 140b* Abs. 1 u. Anmerkung zu §. 140b*.

S. §. 140b* Abs. 2.

S. §. 140b* Abs. 3.

S. §. 140b* Abs. 5.

§. 134*.

Tritt die Bedingung oder der Termin ein, so findet Rückziehung auf den Zeitpunkt der Geschäftserrichtung statt, soweit es sich um die Haftung des Zwischeneigenthümers für vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten handelt, und soweit es sich um die Wirksamkeit von Ver-

Digitized by Google

rechtigten daraus entstandenen Schadens. Die Fahrlässigkeit, für welche der Verpflichtete einzustehen hat, wird durch das aus dem Rechtsgeschäfte sich ergebende Rechtsverhältniß bestimmt.

§. 135.

Ist unter einer Bedingung ein Recht übertragen oder aufgehoben oder ein Recht oder eine Sache belastet und wird während des Schwebens der Bedingung über das Recht oder die Sache von dem bedingt Verpflichteten oder im Wege einer gegen diesen erwirkten Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung verfügt, so wird die Verfügung, soweit sie die mit Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung vereitelt oder beeinträchtigt, im Falle der Erfüllung der Bedingung unwirksam. Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

Vgl. §. 130.

§. 136.

Wenn der bedingt Verpflichtete die Erfüllung der Bedingung in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert, so gilt die Bedingung als erfüllt.

§. 137.

Ist die Bedingung zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes bereits erfüllt, so ist das Rechtsgeschäft, wenn die Bedingung eine aufschiebende ist, als unbedingt errichtet, wenn sie eine auflösende ist, als unwirksam anzusehen. Die entgegengesetzte Folge tritt ein, wenn die Bedingung zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes bereits ausgefallen ist.

Solange die Erfüllung oder der Ausfall der Bedingung nicht bekannt ist, finden die Vorschriften des §. 133 entsprechende Anwendung.

Ist bei einem Rechtsgeschäfte die Beifügung einer Bedingung nicht zulässig, so ist auch die Beifügung einer Bedingung der im ersten Absatze bezeichneten Art unzulässig, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

Digitized by Google

fügungen handelt, welche von dem Zwischeneigenthümer oder aus seinem Recht (durch Urtheil, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung) getroffen sind.

E. §. 134*.

§. 135a*.

Mit Eintritt der auflösenden Bedingung sind die Parteien im Zweifel einander verpflichtet, die Rechtslage herzustellen, wie wenn das Eigenthum nicht übertragen worden wäre.

§. 136*.

Die Bedingung gilt als eingetreten, wenn derjenige, welcher bei Eintritt der Bedingung das Eigenthum verlieren würde, den Eintritt der Bedingung gegen den Sinn des Rechtsgeschäfts verhindert hat.

E. §. 1401* Abs. 4.

Digitized by Google

§. 138.

Die Bedingung kann in einer Handlung bestehen, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt. Besteht die aufschiebende Bedingung in dem bloßen Wollen des Verpflichteten, so ist die Verpflichtung unwirksam.

§. 139.

Ist einem Rechtsgeschäfte eine unverständliche oder eine widersinnige Bedingung beigefügt, so ist dasselbe nichtig.

§. 140.

Durch Beifügung einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von welchem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden abhängig ist, wird an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert.

S. §. 133 Abs. 1.

S. §. 133 Abs. 2.

S. §. 133 Abs. 3.

S. §. 137 Abs. 2.

S. §. 133 Abs. 4.

Digitized by Google

§. 140a*.

Die Vorschriften der §§. 128* bis 136* über Bedingungen und Befristungen bei Eigenthumsübertragungen sind bei Rechtsgeschäften anderen Inhalts entsprechend anzuwenden.

§. 140b*[1]).

Wegen eines bedingten oder befristeten Anspruchs kann Sicherheitsleistung gefordert werden, soweit nach den §§. 796, 797 der Civilprozeßordnung Arrest zulässig ist.

Im Konkurs über das Vermögen des unter einer aufschiebenden Bedingung Verpflichteten hat der bedingt Berechtigte die Rechtsstellung dessen, dem der Gemeinschuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist.

Diese Sätze gelten jedoch nicht, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung so gering ist, daß der bedingte Anspruch keinen Vermögenswerth hat.

Die Vorschriften des ersten, zweiten und dritten Absatzes finden entsprechende Anwendung, wenn die Bedingung bereits entschieden, die Entscheidung aber noch nicht bekannt ist.

Durch die Bedingtheit oder Befristetheit eines Rechts wird die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung nach den §§. 814 bis 822 der Civilprozeßordnung nicht ausgeschlossen.

---

[1]) Das Einführungsgesetz soll bestimmen:

Der § 796 Abs. 2 der Civilprozeßordnung wird dahin ergänzt:

Die Zulässigkeit des Arrestes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch ein bedingter oder betagter ist.

Digitized by Google

§. 141.

Ist einem Rechtsgeschäfte ein bestimmter künftiger Zeitpunkt oder ein künftiges Ereigniß, dessen Eintritt gewiß ist, als Anfangstermin beigefügt, so tritt die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes sofort ein, so daß nur deren Geltendmachung auf den Anfangstermin hinausgeschoben ist, sofern nicht aus dem Inhalte des Rechtsgeschäftes erhellt, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Anfangstermine eintreten soll. Im letzteren Falle finden die Vorschriften des §. 132, des §. 133 Abs. 1, 4 und der §§. 134, 135 entsprechende Anwendung.

§. 142.

Ist einem Rechtsgeschäfte ein bestimmter künftiger Zeitpunkt oder ein künftiges Ereigniß, dessen Eintritt gewiß ist, als Endtermin beigefügt, so endigt die rechtliche Wirkung des Rechtgeschäftes mit dem Endtermine.

Die Vorschriften der §§. 129, 132, des §. 133 Abs. 1, 4 und der §§. 134, 135 finden entsprechende Anwendung.

§. 143.

Der einem Rechtsgeschäfte beigefügte Termin, von welchem ungewiß ist, ob er eintreten werde, ist als Bedingung anzusehen.

II.

Einzelne mit Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5—10 in Verbindung stehende Bestimmungen.

Buch 1 Abschnitt 5.

Fahrlässigkeit. Irrthum.

§. 144.

Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in besonders schwerer Weise vernachlässigt wird.

§. 145.

Hat Jemand nur diejenige Sorgfalt anzuwenden, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so ist er von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.

Digitized by Google

E. §. 128*, 134*, 140a*, 140b* Abs. 1 und 5.

E. §. 129*, 134*, 140a*, 140b* Abs. 1 und 5.

II.

Einzelne mit Buch 1 Abschnitt 4 Titel 5—10 in Verbindung stehende Bestimmungen.

Buch 1 Abschnitt 5.

Fahrlässigkeit. Irrthum.

§. 145*.

Wer zur Anwendung derjenigen Sorgfalt verpflichtet ist, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.

Digitized by Google

§. 146.

Im Sinne des Gesetzes ist
unter Irrthum sowohl der Irrthum über Thatsachen als auch der Rechtsirrthum,
unter entschuldbarem Irrthum ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Irrthum,
unter Kennenmüssen oder Wissenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen
zu verstehen.

---

§. 222.

S. §. 628 Abs. 2.

Hat bei der Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens, mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatze verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat.

---

§. 290 Abs. 2, 4 (Erlaß).

Zur Wirksamkeit des Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war. Die Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt.

Die Vorschriften der §§. 737 bis 741 finden entsprechende Anwendung, wenn der Erlaß oder das Anerkenntniß, daß ein Schuldverhältniß nicht bestehe, in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung erfolgt ist, daß die erlassene oder als nicht bestehend anerkannte Schuld nicht bestehe.

---

§. 294 Abs. 2 Satz 2 (Uebertragung der Forderung).

Auf den Vertrag finden die Vorschriften des §. 290 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

§. 146*.

Unter entschuldbarem Irrthum ist ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Irrthum zu verstehen.

Das Gesetz spricht von Kennenmüssen oder Wissenmüssen da, wo ein Nichtkennen oder Nichtwissen unentschuldbar sein würde. Der unentschuldbaren Nichtkenntniß steht überall die Nichtkenntniß einer zugekommenen Erklärung (§ 74*, 76*) gleich.

---

§. 222*.

Ist bei der Entstehung eines Schadens der Beschädigte selbst, wenn auch nur in Hinsicht auf die Abwendung des Schadens, fahrlässig gewesen, so hat das Gericht zu ermessen, ob und in welchem Umfange die sonst nach dem Gesetze eintretende Ersatzpflicht eines Anderen ausgeschlossen sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwieweit das Verschulden des Beschädigers oder des Beschädigten überwogen hat.

S. §. 1041*.

S. §. 737*.

S. §. 1041*.

Digitized by Google

§. 315 Abs. 1 Satz 3 (Schuldübernahme).

Bis zur Ertheilung der Genehmigung können die Vertragschließenden den Vertrag aufheben oder ändern.

---

§. 344.

Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist oder welche gegen die guten Sitten verstößt, so ist derselbe nichtig.

§. 347.

Auf einen Vertrag, dessen Schließung durch Gesetz verboten oder welcher auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet ist, finden die Vorschriften der §§. 345, 346 entsprechende Anwendung.

---

§. 603.

Erlischt der Auftrag aus einem anderen Grunde als durch einen nicht bedingten Widerruf, so ist er in Ansehung der dem Beauftragten zukommenden Rechte so lange als fortbestehend anzusehen, bis der Beauftragte von der das Erlöschen bewirkenden Thatsache Kenntniß erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

---

§. 626 Abs. 2 (Einbringung von Sachen bei Gastwirthen).

Hat bei der Entstehung des Schadens eine Fahrlässigkeit des Gastes mitgewirkt, so finden die Vorschriften des §. 222 entsprechende Anwendung.

---

§. 667.

Die Gültigkeit eines Vergleiches wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß ein Vertragschließender in Ansehung eines Umstandes geirrt hat, welcher Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit war.

Ist jedoch bei der Schließung des Vertrages von den Vertragschließenden ausdrücklich oder stillschweigend das Nichtvorhandensein eines Umstandes vorausgesetzt, welcher den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde, so kann der Vertragschließende, welcher von einem solchen Umstande erst nach Schließung des Vergleiches Kenntniß erlangt hat, verlangen, daß der Vergleich rückgängig gemacht werde. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften des §. 744 entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

S. §. 127 b* Abs. 2.

§. 344*.

Verträge auf unmögliche Leistungen sind nichtig.

§. 347*.

Auf Verträge, welche bei Folge der Nichtigkeit verboten sind, finden die §§. 345, 346 entsprechende Anwendung.

---

§. 603*.

Die in § 597 ff. genannten Thatsachen mit Ausnahme des unbedingten Widerrufs bewirken das Erlöschen des Auftrags erst dann, wenn der Beauftragte den Erlöschungsgrund erfahren hat oder doch erfahren haben müßte. Auf das Fortbestehen einer Vollmacht des Beauftragten kann sich jedoch der Dritte, welcher den Erlöschungsgrund kannte, nicht berufen.

S. §. 222*.

S. §. 104 b*.

Digitized by Google

§. 684.

Der Schuldner, welcher ein den Verpflichtungsgrund nicht angebendes oder nur im Allgemeinen bezeichnendes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß ertheilt hat, kann die Erfüllung der aus dem Versprechen oder Anerkenntnisse sich ergebenden Verpflichtung verweigern oder Befreiung von der letzteren verlangen, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gelten.

Die Vorschriften der §§. 737 bis 741 finden entsprechende Anwendung, wenn die Urkunde in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung ertheilt ist, daß eine Verbindlichkeit zu der versprochenen Leistung oder die anerkannte Verbindlichkeit bestehe.

Die Verweigerung der Erfüllung und der Anspruch auf Befreiung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß von dem Schuldner durch Ertheilung des Versprechens oder Anerkenntnisses gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist.

Buch 2 Abschnitt 4 Titel 1.

Bereicherung.

I. Leistung einer Nichtschuld.

§. 737.

S. §. 742. §. 745 Abs. 1. §. 747 Abs. 1. Wer zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.

S. §. 739, §. 740.

Es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit überhaupt nicht bestanden hat oder wieder erloschen war oder ob dem Anspruche auf die Leistung eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wurde.

Die Rückforderung findet auch dann statt, wenn die Leistung nur in der Einräumung des Besitzes oder der Inhabung bestanden hat.

Hatte der Leistende zur Zeit der Leistung Kenntniß davon, daß die Verbindlichkeit nicht bestand, so ist die Rückforderung ausgeschlossen.

§. 738.

Ist eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit vor deren Fälligkeit bewirkt, so findet eine Rückforderung nicht statt; auch können Zwischenzinsen nicht verlangt werden.

Digitized by Google

E. §. 737*.

E. §. 737*.

E. §. 743* Nr. 1.

Buch 2 Abschnitt 4 Titel 1.

Bereicherung.

§. 737*.

Wer einem Anderen eine zwecklose Vermögensleistung (§ 104d* Abs. 2) gemacht hat, kann zurückfordern, um was der Andere bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches bereichert ist.

Für die Feststellung, ob und inwieweit eine Bereicherung vorliege, ist die gesammte Vermögenslage des Empfängers in Betracht zu ziehen.

E. §. 743a*.

E. §. 737*.

E. §. 743* Nr. 3.

E. §. 743a*

Digitized by Google

§. 739.

Ist die Herausgabe durch die Beschaffenheit des Geleisteten ausgeschlossen oder der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande, so hat der Empfänger den Werth des letzteren zu vergüten.

Die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder zur Werthvergütung fällt fort, soweit der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches durch das Geleistete nicht mehr bereichert ist.

§. 740.

Die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Werthvergütung erstreckt sich auch auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat.

Hat der Empfänger eine zum Eigenthume empfangene Sache herauszugeben oder einen an ihn veräußerten, zur Zeit der Veräußerung bestehenden Nießbrauch zurückzugewähren, so bestimmen sich seine Verpflichtungen zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Verpflichtungen des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer.

Der Empfänger ist zur Herausgabe des Gegenstandes nur gegen Vergütung aller auf denselben vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen verpflichtet; er hat jedoch ein Recht auf Vergütung von Verwendungen nur insoweit, als er nicht durch Nutzungen, welche ihm verbleiben, bereichert ist.

§. 741.

Ist dem Empfänger bei dem Empfange der Leistung bekannt gewesen, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand und daß der Leistende hiervon nicht unterrichtet war, so ist er dem Leistenden zum Schadensersatze nach Maßgabe der Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verpflichtet.

Hat der Empfänger die im ersten Absatze erwähnte Kenntniß erst nach dem Empfange der Leistung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit erlangt, so findet der §. 739 mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Zeitpunktes des Eintrittes der Rechtshängigkeit der Zeitpunkt tritt, in welchem die Kenntniß erlangt ist. Auch finden in einem solchen Falle von diesem Zeitpunkte an wegen Herausgabe und Vergütung der Nutzungen, wegen Ersatzes der Verwendungen und wegen Haftung für Erhaltung und Verwahrung die Vorschriften Anwendung, welche nach §. 244 für den Fall des Eintrittes der Rechtshängigkeit gelten.

Digitized by Google

S. §. 737*.

S. §. 737*.

§. 741*.

Wenn der Empfänger die Zwecklosigkeit beim Empfange kennt oder nachher erfährt, so finden von diesem Zeitpunkte an die Vorschriften Anwendung, welche nach § 244 für die Zeit vom Eintritte der Rechtshängigkeit an gelten, sofern nicht nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen eine strengere Haftung eintritt.

Digitized by Google

II. Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges.

§. 742.

Wer unter der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Voraussetzung sich nicht erfüllt, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.

§. 743.

Die Rückforderung ist ausgeschlossen:

S. §. 684 Abs. 3.
1. wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist;

2. wenn der Geber die Erfüllung der Voraussetzung in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert hat;

S. §. 737 Abs. 4.
3. wenn von Anfang an die Erfüllung der Voraussetzung unmöglich und die Unmöglichkeit dem Geber bekannt gewesen ist

S. §. 738.

S. §. 737 Abs. 2.

§. 744.

Auf die Verpflichtungen des Empfängers zur Herausgabe des Geleisteten finden die Vorschriften des §. 737 Abs. 3 und der §§. 739, 740 und außerdem, wenn dem Empfänger bei dem Empfange der Leistung bekannt gewesen ist, daß die Voraussetzung nicht in Erfüllung gehen kann und daß der Geber hiervon nicht unterrichtet war, die Vorschrift des §. 741 Abs. 1 oder, wenn der Empfänger erst nach dem Empfange diese Kenntniß erlangt hat oder davon unterrichtet wird, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllt hat, die Vorschrift des § 741 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

S. §. 737*, §. 104 I*.

§. 743*.

Die Rückforderung ist ausgeschlossen:

1. wenn der Zweck der Leistung der Art war, daß der Leistende durch die Leistung verwerflich handelte; bestand jedoch die Leistung in der Begründung einer Verbindlichkeit und ist diese noch nicht erfüllt, so ist Rückforderung der Verbindlichkeit gegen den Gläubiger, der durch die Annahme des Versprechens selbst verwerflich handelte, zulässig;
2. wenn der Leistende die Erreichung des Zwecks der Leistung gegen den Sinn des Rechtsgeschäfts verhindert hat;
3. wenn der Leistende wußte, daß der von ihm bestimmte Zweck nicht werde erreicht werden.

§. 743a*.

Für die Frage, ob eine zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit gemachte Leistung wegen Zwecklosigkeit zurückgefordert werden kann, wird ein betagter Anspruch einem fälligen, und ein Anspruch, dessen Geltendmachung durch eine entgegenstehende Einrede dauernd ausgeschlossen war, einem nicht bestehenden gleichgeachtet.

S. §. 741*.

Digitized by Google

III. Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung.

§. 745.

Wer eine Leistung aus einem Rechtsgrunde bewirkt hat, welcher später weggefallen ist, kann von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.

Auf die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe des Geleisteten finden die Vorschriften des §. 737 Abs. 3 und der §§. 739, 740, sowie von der Zeit an, in welcher derselbe erfährt, daß der Rechtsgrund weggefallen ist, die Vorschriften des § 741 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubter Handlung bleibt unberührt.

IV. Verwerflicher Empfang.

§. 747.

Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden, so kann der Geber das Geleistete zurückfordern.

Der Empfänger ist von der Zeit des Empfanges an zur Herausgabe des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet, welche gegen den Empfänger einer Nichtschuld gelten, wenn dieser nach der Leistung erfahren hat, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet worden ist, nicht bestanden hat.

Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist.

---

§. 829 (Eigenthumsübertragung u. s. w. bei Grundstücken).

Zur Wirksamkeit des im §. 828 bezeichneten Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war.

Die Vorschriften der §§. 737 bis 748 über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt.

§. 832.

Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäftes erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien, im Verhältnisse zu einander die Nichtigkeit des Scheingeschäftes geltend zu machen.

Digitized by Google

E. §. 737*.

E. §. 741*.

E. §. 737*.

E. §. 741*.

E. §. 743
Nr. 1.

E. §. 104d*.

E. §. 737*.

E. §. 95*
Abs. 2.

Digitized by Google

§. 874 Abs. 1 Satz 2 (Eigenthumsübertragung bei beweglichen Sachen).

Die Vorschriften des §. 829 finden entsprechende Anwendung.

---

§. 1229.

Was ein Verlobter dem anderen geschenkt oder zum Zeichen des eingegangenen Verlöbnisses gegeben hat, ist, sofern nicht ein anderer Wille des Gebers erhellt, als unter der stillschweigend erklärten Voraussetzung geleistet anzusehen, daß die Eheschließung erfolgen oder das Verlöbniß bis zum Tode eines der Verlobten fortbestehen werde.

---

§. 1259.

Die Ehe ist nur dann anfechtbar:

1. wenn einer der Eheschließenden widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug zu der Eheschließung bestimmt worden ist; war der Betrug nicht von dem anderen Eheschließenden verübt, so ist die Ehe nur dann anfechtbar, wenn der letztere den Betrug bei der Eheschließung kannte oder kennen mußte; als Betrug, durch welchen einer der Eheschließenden von dem anderen Theile widerrechtlich zur Eheschließung bestimmt worden, ist es insbesondere anzusehen, wenn ihm solche persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des anderen Theiles von diesem verhehlt sind, welche ihn bei verständiger Würdigung des Zweckes der Ehe von der Eheschließung abhalten mußten und von welchen zugleich vorauszusehen war, daß sie ihn, wenn er sie gekannt hätte, von der Eheschließung abgehalten haben würden;
2. wenn einer der Eheschließenden entweder den Willen, überhaupt eine Ehe zu schließen, oder den Willen, eine Ehe mit dem anderen Theile zu schließen, bei der Eheschließung nicht gehabt hat und in beiden Fällen dieser Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Erklärenden beruhte;
3. wenn einer der Eheschließenden zur Zeit der Eheschließung nicht ehemündig war;
4. wenn einer der Eheschließenden zur Zeit der Eheschließung oder im Falle des §. 1251 der Genehmigende zur Zeit der Genehmigung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und die Einwilligung zu der Eheschließung oder zu der Genehmigung von dem gesetzlichen Vertreter nicht ertheilt war.

Digitized by Google

S. §. 104d*.

§. 1229*.

Schenkungen zwischen Verlobten oder Leistungen zum Zeichen des eingegangenen Verlöbnisses gelten im Zweifel als unter der Voraussetzung gemacht, daß die Eheschließung erfolgen oder das Verlöbniß bis zum Tode eines der Verlobten fortbestehen werde. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ist ein unter den Grundsätzen des §. 104c* stehendes Rücktrittsrecht begründet.

---

§. 1259*.

Der Eheschließende kann die Ehe nur dann anfechten:

1. wenn er zur Eheschließung widerrechtlich durch Zwang bestimmt worden ist;

1a. wenn er die Ehe, wie der andere Theil wußte oder wissen mußte, in einer bestimmten Voraussetzung geschlossen hat und diese Voraussetzung unzutreffend war, während der andere Theil die Wahrheit kannte und dem Eheschließenden nicht mittheilte; die Voraussetzung ist jedoch nur dann erheblich, wenn sie mit einer vernünftigen Auffassung des sittlichen Wesens der Ehe in Einklang steht;

2. wenn er entweder überhaupt keine Ehe oder doch keine Ehe mit dem anderen Theile hat schließen wollen, sofern er nur mit seiner Erklärung Niemanden zu täuschen beabsichtigt hat, oder wenn er die Person des anderen Eheschließenden verwechselt hat;

3. wenn er zur Zeit der Eheschließung nicht ehemündig war;

4. wenn er zur Zeit der Eheschließung oder im Fall des § 1251 zur Zeit der Genehmigung verfügungsunfähig war und der Mundwalt die Einwilligung zu der Eheschließung oder Genehmigung nicht ertheilt hatte.

Digitized by Google

§. 1261.

Zur Anfechtung der Ehe ist nur berechtigt:

1. in den Fällen des §. 1259 Nr. 1 der Ehegatte, welcher zu der Eheschließung durch Drohung oder Betrug bestimmt worden ist;
2. in den Fällen des §. 1259 Nr. 2 der Ehegatte, welcher geirrt hat;
3. in den Fällen des §. 1259 Nr. 3 der Ehegatte, welcher nicht ehemündig war;
4. in den Fällen des §. 1259 Nr. 4 der Ehegatte, welcher in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war.

---

§. 1779.

Stimmt bei einer letztwilligen Verfügung der wirkliche Wille des Erblassers mit dem erklärten Willen nicht überein, so ist die letztwillige Verfügung nichtig. Die Vorschriften des §. 95, des §. 97 Abs. 2 bis 4 und des §. 99 finden keine Anwendung.

§. 1780.

Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser zu derselben widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden ist.

§. 1781.

Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser zu derselben durch einen auf die Vergangenheit oder die Gegenwart sich beziehenden Irrthum bestimmt worden ist, oder wenn der Erblasser zu der Verfügung durch die Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges bestimmt worden ist und die Voraussetzung sich nicht erfüllt hat.

Die Verfügung ist nur dann anfechtbar, wenn der Irrthum aus der Verfügung zu entnehmen oder die Voraussetzung in derselben ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist.

§. 1782.

Ist in einer letztwilligen Verfügung ein zur Zeit des Erbfalles vorhandener Pflichttheilsberechtigter übergangen, dessen Vorhandensein dem Erblasser bei Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, von welchem der Erblasser insbesondere annahm, daß derselbe gestorben sei, oder welcher erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung ge-

Digitized by Google

S. §. 1250*.

S. §. 95*, 98*.

S. §. 103*.

§. 1781*.

Eine letztwillige Verfügung kann außer in den Fällen des § 95*, 98* und 103* auch dann angefochten werden, wenn sie in einer nicht zutreffenden Voraussetzung errichtet worden ist. §. 103b* findet Anwendung.

§. 1782*.

Eine letztwillige Verfügung, in welcher ein zur Zeit des Erbfalles vorhandener Pflichttheilsberechtigter übergangen ist, von dem der Erblasser bei Errichtung der Verfügung nicht gewußt hat, gilt im Zweifel als in der Voraussetzung errichtet, daß ein solcher Pflichttheilsberechtigter zur Zeit des Erbfalles nicht vorhanden sein werde.

Digitized by Google

boren oder Pflichttheilsberechtigter geworden ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser zu der letztwilligen Verfügung in dem ersten Falle durch den Irrthum über das Nichtvorhandensein des Pflichttheilsberechtigten, in dem zweiten Falle durch die Voraussetzung, der Pflichttheilsberechtigte werde nicht nachträglich geboren oder nicht nachträglich Pflichttheilsberechtigter werden, bestimmt worden ist.

Die Verfügung ist in den Fällen des ersten Absatzes nach Maßgabe des §. 1781 anfechtbar, auch wenn das im §. 1781 Abs. 2 bestimmte Erforderniß nicht vorhanden ist.

§. 1783.

Eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Ehegatte den anderen Ehegatten bedacht hat, kann angefochten werden, wenn die Ehe nichtig ist, oder wenn sie anfechtbar war und angefochten ist, oder wenn sie vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst ist.

Eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Verlobter den anderen Verlobten bedacht hat, kann angefochten werden, wenn das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst ist.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Wille des Erblassers erhellt, daß die letztwillige Verfügung auch in dem eingetretenen Falle Geltung haben soll.

§. 1784.

In den Fällen der §§. 1780 bis 1783 ist derjenige zur Anfechtung berechtigt, welcher, wenn die letztwillige Verfügung nicht errichtet worden wäre, als Erbe oder Vermächtnißnehmer berufen oder von einer Beschwerung befreit sein oder ein Recht erlangt haben würde . . .

§. 1785.

Die Anfechtung muß binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Anfechtungsberechtigte von den das Recht begründenden Thatsachen Kenntniß erlangt hat.

Die Frist zur Anfechtung beträgt dreißig Jahre von dem Zeitpunkte an, in welchem die letztwillige Verfügung verkündet worden ist, wenn nicht die Anfechtung in Gemäßheit des ersten Absatzes bereits früher ausgeschlossen ist.

Die Vorschriften des §. 166 finden entsprechende Anwendung.

§. 1787.

Bezieht sich der Grund der Unwirksamkeit einer einzelnen, in einem Testamente enthaltenen Verfügung nur auf diese einzelne Ver-

Digitized by Google

§. 1783*.

Eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Ehegatte den anderen bedacht hat, gilt im Zweifel als in der Voraussetzung errichtet, daß die Ehe nicht für nichtig oder ungiltig erklärt und nicht vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst werde.

Eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Verlobter den anderen bedacht hat, gilt im Zweifel als in der Voraussetzung errichtet, daß die Eheschließung erfolgen oder das Verlöbniß bis zum Tode des Erblassers fortbestehen werde.

§. 1784*.

Anfechtungsberechtigt ist derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung zu Gute kommen würde . . . . .

§. 1785*.

Die Anfechtungserklärung muß binnen Jahresfrist abgegeben sein. Die Frist beginnt, sobald der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde erfahren hat.

Die Anfechtungsfrist beträgt längstens dreißig Jahre nach Annahme der Erbschaft.

§. 166 findet Anwendung.

§. 1787*.

Unwirksamkeit einer einzelnen in einem Testament enthaltenen Verfügung zieht die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur dann

Digitized by Google

fügung, so sind die übrigen in dem Testamente enthaltenen Verfügungen nur insofern unwirksam, als erhellt, daß der Erblasser dieselben ohne jene unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.

§. 1947.

Stimmt bei einem Erbeinsetzungsvertrage der wirkliche Wille des Erblassers mit dem erklärten Willen nicht überein, so finden die Vorschriften der §§. 95 bis 99 in vollem Umfange Anwendung.

III.

Nachtrag zu der in Theil I vorgeschlagenen Neufassung des §. 74 Abs. 1 und 4.

---

§. 74 Abs. 1.

Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung), und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt.

§. 74 Abs. 4.

Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einer Behörde abgegeben wird, so finden die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

nach sich, wenn erhellt, daß der Erblasser diese ohne jene nicht gewollt haben würde.

S. §. 95*, 18*.

III.

Nachtrag zu der in Theil I vorgeschlagenen Neufassung des §. 74 Abs. 1 und 4.

Zu ändern ist

§. 74* Abs. 1 dahin:

Wo das Gesetz von einer Willenserklärung an einen Anderen oder gegenüber einem Anderen, der nicht bloß als Formperson betheiligt ist, spricht, da muß die Erklärung, um wirksam zu werden, diesem Anderen auch zukommen (empfangsbedürftige Willenserklärung).

(§. 74* Abs. 2 bleibt wie in der Neufassung I S. 169).

Einzuschalten ist

§. 74a*.

Ist zur Form einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung erfordert, daß sie vor oder gegenüber einer Behörde abgegeben werde, so findet die Vorschrift des § 74* entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

Verzeichniß

der behandelten Paragraphen des Entwurfs.

Die römische Ziffer bedeutet den Theil, die arabische die Seite, auf welcher der betreffende Paragraph, sei es im Text, sei es in den Noten, behandelt ist.

---

§§ 64—143 sind in das folgende Verzeichniß nicht mitaufgenommen; sie sind sämmtlich, und zwar §§ 64—94 in Theil I, §§ 95—143 in Theil II, der Reihe nach erörtert. Das Nähere ist aus den Inhaltsangaben vor Theil I und II ersichtlich. In der Haupterörterung über den einzelnen Paragraphen sind die Stellen, in denen derselbe Paragraph gelegentlich besprochen ist, angeführt. Vgl. außerdem noch

zu § 74: I 22 ff., 98 ff., II 5, 138, 146 fg.;
zu § 78: II 34;
zu § 79: II 135 fg.;
zu § 89: I 39 fg., 115 ff., 117 ff., 128;
zu § 115 fg.: I 40, II 34;
zu § 120: I 107;
zu § 125: II 34;
zu § 132: I 117;
zu § 136: I 103.

---

§ 28 I 38 fg., 76, 85.
§ 29 I 75, 77, 79 ff., 85.
§ 36 I 19, 36.
§ 44 I 98, 112 fg.
§ 144 II 138.
§ 145 II 139.
§ 146 I 103, II 140.
§ 193 II 16.
§ 194 II 4, 16.
§ 197 II 136.
§ 219 II 21, 42.
§ 221 II 20.
§ 222 II 21 fg., 140 fg.
§ 245 I 150.
§ 246 I 149.
§ 247 I 149.
§ 272 I 110 fg.
§ 290 II 46, 141.
§ 294 II 141.
§ 314 II 55.
§ 315 I 54, II 96, 126 fg., 141.
§ 316 II 55.
§ 344 II 141.
§ 346 II 65.
§ 347 II 141.
§ 368 I 103.
§ 427 II 72.
§ 438 I 41.
§ 468 fg. I 55, II 126.
§ 471 II 135.
§ 597 II 88.
§ 603 II 141.
§ 618 I 20.
§ 626 II 141.
§ 640 II 90.
§ 666 II 49.
§ 667 II 46, 141.
§ 683 I 29.
§ 684 II 46, 141.
§ 685 I 29.
§ 686 I 115, II 26.
§ 704 I 56, II 42.
§ 705 I 75, II 42, 58.
§ 708 I 36 fg., 38.

Digitized by Google

§ 709 I 37, 56, 59, 74.
§ 728 II 20.
§ 737—747 I 29, II 16, 142 ff.
§ 743 I 103.
§ 748 I 142.
§ 752 I 19, 36.
§ 758 I 57.
§ 800 I 19, 36.
§ 801 I 19.
§ 809 I 19, 39.
§ 828 I 27, 117, II 8.
§ 829 II 46, 145.
§ 832 II 145.
§ 834 II 7.
§ 874 I 138, II 145.
§ 877 II 68.
§ 892—3 I 20.
§ 928 I 20.
§ 1227 I 49.
§ 1229 II 145.
§ 1231 I 36.
§ 1233 I 36.
§ 1248 II 33.
§ 1250 II 33.
§ 1259 II 10, 11, 145.
§ 1261 II 145.
§ 1263 II 78.
§ 1278 I 27.
§ 1288 I 46.
§ 1300 ff. I 27, 48, 50, 55, 64, 69, II 124, 126.
§ 1307 I 27, 49, 64 fg., II 124.
§ 1328 I 76, 84, 85.
§ 1331 I 76.
§ 1339 I 76, 84, 85.
§ 1372 I 75.
§ 1405 I 75.
§ 1417 II 126.
§ 1429 I 76.
§ 1430 I 76.
§ 1511 I 65 ff.
§ 1513 I 65 ff.
§ 1674—6 I 65 ff.
§ 1681 I 50, 55, 65, II 126.
§ 1704 I 78.
§ 1709 I 78.
§ 1726 I 76.
§ 1727 I 75, 77 ff.
§ 1735 I 78.
§ 1737 I 75, 77 ff.
§ 1738—9 I 82.
§ 1749 I 116, 119, II 131.
§ 1779 II 145.
§ 1781—2 II 46, 145.
§ 1783 II 145.
§ 1784—5 II 145.
§ 1787 I 97, II 28, 145.
§ 1853 II 56, 58, 65.
§ 1878 I 94.
§ 1887 I 97, II 79.
§ 1947 II 145.
§ 1948 II 78.
§ 1957 II 31.
§ 2002 I 79.
§ 2020 II 31.
§ 2040 II 41.
§ 2051 I 116, II 131.
§ 2087 II 142.
Entwurf eines Einführungsgesetzes Art. 7 II 68.
" " " Art. 11 II 132.

Druckfehler in Theil I:

S. 25 Z. 11 lies: „Abs. 1" statt „Abs. 2".
S. 51 Z. 12 lies: „Satz 2" statt „Abs. 2".
S. 51 Z. 13—14 lies: „seitens des Gestor" statt „gegenüber dem Gestor".
S. 102 Z. 24 lies: „l. 1 § 15" statt „l. 15".

Druck von Leonhard Simion, Berlin SW

Digitized by Google